image
not
available

Decis. 2m Annalen

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Hofgerichtsräthe **Stempf, Haager, Brauer, Ottendorff, Dr. Puchelt,** und des Herrn Oberhofgerichtsadvokaten **Dr. Ladenburg** nebst anderen Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,
Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Vierundzwanzigster Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Register

zum XXIV. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Amtsverbrechen. 269.
Anfechtungsklage eines Gläubigers. 36.
Anklagen. In — wegen Verläumdung, Ehrenkränkung, falscher Beschuldigung muß nicht nothwendig ein bestimmter Strafantrag gestellt werden. 406.
Anschließung. Steht dem Beschädigten, welcher sich wegen des Civilpunktes dem Strafverfahren angeschlossen hat, gegen ein freisprechendes Urtheil das Recht des Recurses zu. 247.
Anwaltsgebühren, deren Decretur in Civilsachen. 364.
— in Straffachen. 288. 415.
Anweisung und gezogener Wechsel nach verschiedenen Gesetzen. 305.
Arbeitsunfähigkeit. 297. 383.
Argliststrafe bei Scheinverträgen. 290.
Aufforderungsverfahren, wann statthaft? 396.
Aufsicht, polizeiliche. Welches ist der Zeitpunkt, wo die — zu laufen beginnt? 221.

Baupflicht, Competenz der Gerichte. 287.
Beischlaf, dessen Beweis durch Eid. 55. 174. 249.
Berufungs-Verfallenerklärung. Die Frist zur Wiederherstellung gegen die — ist eine Nothfrist. 256.
Bescheinigung. 94.
Beschlag, strafrichterlicher, dessen Wirkung. 366.
Beschwerdeführung des Staatsanwaltes gegen Erkenntnisse der Anklagekammer. 56. 292.
Beschwerdesumme. 80.
— bei jährlichen Leistungen. 407.
Besitzprozeß. Erforderniß der Besitzklage. 134.
Bestechung, bezüglich des Bestechenden. 269. 382.
Betrug. 33. 380.
Börsengeschäfte. 41.
Bürge. Kann der Gläubiger gleichzeitig mit dem Bürgen den Hauptschuldner belangen? 15.

Caution. S. Sicherheitsleistung.
Competenz, schwurgerichtliche beim dritten Diebstahl. 231.
— bei in Bande verübten Diebstählen. 272.
Condictio indebiti ist unstatthaft bei einer auf richterliches Erkenntniß geleisteten Zahlung. 221.
Constitutionsedikt, der §. 14 des ersten — ist noch in Wirksamkeit, steht aber mit dem Zweck und Wesen des strafgerichtlichen Verfahrens in keinem Zusammenhang und ist die Einladung des Dekans nicht absolut wesentlich zur Gültigkeit des Verfahrens. 101.
Curiosum. 368.

Diebstahl, dritter. 241. Die schwurgerichtliche Competenz beim dritten —. 251. Unterschied zwischen — und Unterschlagung. 303.
Diener, der öffentliche — kann wegen Versehen im Dienste nur nach ertheilter Ermächtigung zu dessen gerichtlicher Verfolgung auf Entschädigung belangt werden. 216.
— Edikt, dessen Anwendung durch die Dienstbehörde. 204.
Differenzgeschäft. 41.

Ehe. Ist eine —, welche von Badnern zur Umgehung der inländischen Gesetze und besonders zur Vermeidung aller Oeffentlichkeit ohne Staatsbewilligung im Auslande geschlossen worden, nichtig oder nur anfechtbar? 193.
— Kann insbesondere die Anfechtung in einem Prozesse über vermögensrechtliche Ansprüche auch einredend bewirkt werden? 193.
Ehegatten. Schenkung unter —. Widerruf wegen nachgeborener Kinder. 193.
Ehrenkränkung. Wirkung der Erwiederung einer —. 158.
Ehrenkränkungssachen. Finden die §§. 165 und 179 des Str.G.B. auch Anwendung auf —. 267.
Eid. Ist gegen das Erkenntniß, wodurch der Antrag, einen — für verweigert zu erklären, verworfen wurde, die Appellation zulässig? 285. Die Erklärung einer Partei, daß sie den — nicht leisten könne oder wolle, gilt als Verzicht auf den Rechtsstreit. 285.
— Wann gilt im Civilprozeß ein — für geleistet? 222.
Eidesabnahme durch einen Notar. 85.

Digitized by Google

Eideserhebung. Garantie für die Einhaltung der Feierlichkeit bei der —. 70.
Eidesleistung, durch Abwesenheits- oder Prozeßpfleger. 116. 225.
Eidesvorbehalt ist nach der neuen Pr.O. unzulässig. 265.
Eidesverweigerung. Appellation gegen ein Purificationserkenntniß. 172. 285.
Eideszuschiebung. Ist — zum Beweise des geschehenen Beischlafs statthaft? 55. 174 249.
Einrede der rechtskräftigen Entscheidung. Erkenntniß darüber. 354.
Einsprache gegen eine Fahrnißpfändung. 290.
Einwilligung, stillschweigende. 60. 61.
Eisenbahn, deren Beschädigung. 206.
Entschädigung, Normalzeit der Preise. 395.
— wegen unrechter That. 57.
Entwendung von Urkunden. 33. 197.
Erbdienstbarkeit. 156.
Erbzinsen, deren Ablösung. 233.

Fälschung bei Wahlen. 25. 240.
Fahrlässigkeit. Entschädigung wegen —. 237.
Fragebogen. Wie sind unrichtige Antworten im — zu verbessern? 384.
Frägestellung im schwurgerichtlichen Verfahren. 177. 186.
Frohndpflichtigkeit. 156.

Gefährde. Liegt eine — darin, wenn einzelne Gläubiger ihre Forderungen zum Unterpfandsbuche eintragen lassen, obschon ihnen die materielle Gantmäßigkeit ihres Schuldners bekannt ist? 49.
Gemeinderathsbeschluß, wann gültig? 154.
Gemeindeumlagen haben kein Vorzugsrecht. 261.
Gemeindewaldhüter bekleiden ein ständiges Amt. 269.
Geständniß. Was wirkt das — des Ehemanns im Verfahren auf Vermögensabsonderung? 175.
Gewähr der Pfandgerichte. 203. 209. 378.
Gewalthaber. Kann ein — ein Geschäft, welches er ohne seinen Gewaltgeber zu nennen, abschließt, selbst klagend geltend machen? 395.
Gewerbsrecognition. 156.
Grenzsteinverrückung. 62. 208.
Gutachten. Sind die gerichtsärztlichen — für den urtheilenden Richter bindend? 257.

Handbuch für badische Juristen. Literaturbericht. 408.
Handelsgant. Rückdatirung des Zahlungsunvermögens. 1.
Handelsgerichte. 97. 113. 129. 137.
Handelsgesetzbuch, neues. 38. Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen —. 65. 81. 89. 105. 121. 161. 169.
Handelsgesetzgebung. Zeitschrift für —. 136.
Honorar. Ist es erlaubt, das Honorar des Vertheidigers nach den Ansätzen der Taxordnung von 1803 zu bedingen und gerichtliche Decretur einzuholen? 288. 415.

Inländer. Unter welchen Voraussetzungen kann der — wegen eines im Auslande verübten und dort bestraften Verbrechens von den badischen Gerichten zur Untersuchung und Strafe gezogen werden? 270.

Kauf. Ist der Name des Käufers ein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit des Kaufs durch einen Gewalthaber? 395.
Kellerlöcher, deren Einrichtung. 63.
Kinder, uneheliche. Ist das Gesetz vom 21. Februar 1851 auch anwendbar auf uneheliche Kinder, die im Ehebruch erzeugt sind? 239.
Kirchenbausache. Ein Kirchspielsgenosse, welcher Baufakta vorgenommen hat, wird dadurch allein im Verhältniß zu den Mitgenossen nicht baupflichtig, wohl aber berechtigt, die Antheile seiner Mitgenossen von diesen zu fordern, wie jeder Theilhaber einer Mitschuld, der das Ganze leistet. 199.
Kosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 85. 385.
Krankheit bei Körperverletzungen. 297. 383.

Ladungsversagung, Appellation dagegen. 191.
Landesverordnungen. Gewähren —, die nicht im Regierungsblatt bekannt gemacht sind, Pflichten und Rechte? 70.
Landesverweisung. 14.
Lehen. Kann der Zugriff auf Lehen gegen den Vasallen allein betrieben werden? 361.
Leibgeding ist nicht zugriffsfrei. 7.
Lichtfenster, deren Beschaffenheit. 63.
Lieferungsgeschäft. 17
Literaturbericht, Handbuch für badische Juristen. 408.
Lohnzusage. Ist eine — für Vermittlung einer Heirath gerichtlich klagbar? 358.
Lotterie. Welcher von zwei Spielern eines Looses gewinnt, der in die Liste Eingetragene, oder der, welcher das Loos hat? 363.

Mißhandlung, harte. 399.
Mord, dessen Bestrafung. 217.
Mündlichkeit des Verfahrens bei den Obergerichten. 73.

Notariatsact, dessen Erfordernisse. 265.

Oberberufungssumme. 368.
Oeffentlich. Was ist — im Sinne des Strafgesetzbuchs. 6.
Ortsstiftungsrechner, ob öffentlicher Diener? 173.

Pfandgerichtsmitglieder, deren Haftbarkeit. 203. 209. 378.
Pfandrecht. Wirkt das uneingetragene Vorzugs- oder Unterpfandsrecht gegen den dritten Besitzer der Liegenschaft, dessen Erwerbstitel nicht in das Grundbuch eingetragen ist? 188

Digitized by Google

Privaturkunden, deren Fälschung aus Gewinnsucht. 33. Deren Entwendung. 197. Sicherer Tag der —. 49.
Purificationserkenntniß. Ist gegen ein — die Appellation zulässig? 172.

Quittung. Ist der Gläubiger seinem Schuldner zur Ausstellung einer Quittung verpflichtet? 416.

Raub, mit Tödtung, wie zu bestrafen? 409.
Rechtskraft, deren Wirkung. 57.
Rechtsmittel gegen Versäumungserkenntnisse. 120.
Rechtspolizeisachen, Zuständigkeit in —. 359.
Recurs. Verzicht auf den — in Straffachen. 64. — der Zollbehörden gegen hofgerichtliche Urtheile. 360.
— des Beschädigten gegen ein freisprechendes Urtheil. 247.

Schenkungen unter Ehegatten, ob wegen nachgeborener Kinder widerruflich? 193. Die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit ist keine —, deren Wesen in einer Bereicherung des Empfängers besteht. 301.
Schreibfehler, deren Verbesserung, ob Appellation dagegen zulässig? 295.
Schriftverfassen, unbefugtes, wie zu bestrafen? 201.
Schupflehen, deren Allodification. 296.
Sicherheitsleistung, Befreiung davon in Handelssachen. 398.
Simulation. Ist zum Beweise der — die Eideszuschiebung gegen eine vollbeweisende Urkunde zulässig? 287.
Sportelgesetz, dessen Anwendung. 212.
Staatsgelder. Ist der großh. Fiscus berechtigt, die im Jahre 1849 von der revolutionären Gewalt an Privaten dargeliehenen — zurückzufordern? 23. 59.
Stempel. Was für — sind zu Kostenverzeichnissen der Parteien zu verwenden? 160.
Strafschärfungen. 273.
Strafurtheil. Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung eines —. 270. Kann ein — durch das erkennende Gericht abgeändert werden? 14.

Theilungssachen. Beweis der Verletzung über ein Viertheil. 404.
Theilungsvertrag, dessen Anfechtbarkeit. 36.

Unionsacte gibt keinen privatrechtlichen Anspruch. 287.
Untergericht, dessen Verfahren. 367.
Unterpfandsrecht. Das gesetzliche — der Minderjährigen gilt auch demjenigen Vermögen, woran der die Vormundschaft führende Elterntheil die Nutznießung hat. 72. Dies Unterpfandsrecht besteht unabhängig von aller Eintragung so lange fort, bis das Vermögen an den großjährig gewordenen Mündel ausgeliefert, oder dessen Anspruch verjährt ist. Ein solcher Anspruch unterliegt aber nicht der 10jährigen, sondern der gewöhnlichen Klagenverjährung von 30 Jahren, welche erst mit dem Eintritt der Großjährigkeit zu laufen beginnt. 72.
Das auf einem Grundstücke haftende — erstreckt sich von dessen gerichtlicher Verfolgung an auch auf die natürlichen und bürgerlichen Früchte, welche die Sache abwirft. 118. 261.
Unterschlagung. 303. 380.
— von Poststücken. 214.
Unzucht mit Kindern. 292.
Urkunde. Ist zum Beweise der Simulation die Eideszuschiebung gegen eine vollbeweisende — zulässig? 287. Entwendung von —. 33. 197. Fälschung von —. 55.

Vaterschaftsklage, deren Erfordernisse. 249.
Verfolgung, gerichtliche, gegen öffentliche Diener. 292.
Verletzung über ein Viertheil, ob durch Schätzung zu erweisen? 404.
Vermögensabsonderung. Beweiskraft des ehemännlichen Geständnisses im Verfahren auf —. 175.
Vermögensübergabe. In einer — darf ihrem Begriff nach nicht die Absicht eines Kaufvertrags gesucht werden. 223.
Verspruchseid, Bruch des —. 87.
Versäumungserkenntnisse. Rechtsmittel gegen —. 120.
Verzicht auf den Rechtsstreit durch Eidesverweigerung. 285.
Vorbereitungshandlungen, in Bezug auf Zuständigkeit. 292.
Vormundschaft. Willkürliche Fortführung der — und ihre Folgen. 47.
Vorzugsrecht. S. Pfandrecht. — der Miterben. 16. Ein — für Gemeindeumlagen gibt es nicht. 261.

Wahrspruch. Ist der — von Geschworenen ein Urtheil oder ein Erkenntniß im Sinne des §. 1209 der bürgerl. Pr.O.? 186.
Widersetzlichkeit, deren Thatbestand. 401.
Wiederherstellung auf den Grund eines Wahrspruchs von Geschworenen. 9.
— wegen neuentdeckter Thatsachen. 57.
— gegen die Berufungsverfallenerklärung. 256.
Wilderei, deren Thatbestand. 254.
Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung. 57.
Wucher. 293. 357.

Zahlung, deren Wirkung. 153.
Zahlungsunvermögen, dessen Rückdatirung. 1.
Zinsen aus Pachtschilling genießen nicht das Vorzugsrecht des §. 2021. 49. — aus einer unterpfändlich gesicherten Forderung genießen kein Pfandrecht, wenn nicht beim Eintrag der Forderung ihre Verzinslichkeit erwähnt ist. 49.
Zollstraffachen. Recurs in —. 360.
Zufall bei doppelseitigen Verträgen. 229. 244.
Zugriff auf Lehen. 361.
Zugriffsfrei ist das Leibgeding nicht. 7.
Zuständigkeit zur Bestrafung eines Inländers wegen im Auslande verübter Verbrechen. 12. 270.
Zwangsverhaft gegen Fremde. 40. 295.

Digitized by Google

Erläuterungen:

a. Des Landrechts.

L.R.S.	Seite.
63.	222.
340 a.	249.
395.	47.
676.	63.
677.	63.
710 fa.	233.
710 fb.	233.
710 fm.	233.
1098.	53.
1151 a.	395.
1184.	229. 244.
1304.	36.
1337.	223.
1383.	237.
1647.	229. 244.
1657.	395.
2060 a.	40.
2102.	49.
2103 Ziff. 3	16.
2180 a.	153.
2217 b.	7.

b. Des Anhangs.

A.S.	Seite.
208.	1.

c. Der Prozeßordnung.

§§.	Seite.
23.	289.
124.	364.
127.	232.
183.	398.
221.	367.
260.	116.
275.	290.
554.	85.
560.	172.
561.	172.
578.	116.
667.	94.
736.	377.
922.	289.
989.	7.
1070.	232.
1209.	9.

d. Des Strafgesetzbuchs.

§§.	Seite.
18.	14.
53.	273.
98.	401.
106.	401.
112.	409.
113.	401.
114.	409.
165.	267.

d. Des Strafgesetzbuchs.

§§.	Seite.
179.	267.
225.	383 297.
231.	399.
232.	297. 383.
234.	257
336.	292.
360.	292.
400.	380.
412.	409.
413.	409.
430.	33
438.	62.
450.	380. 33.
452.	33. 380.
455.	380.
459.	33.
533.	293. 357.
534.	293. 357.
615.	401.
644.	254.
664.	382.
701.	214.
704.	173. 269.

e. Der Strafprozeßordnung.

§§.	Seite.
13.	12.
339.	247.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 1.**

I.

1) Ueber die Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens eines Handelsmannes.
2) Auslegung des Landrechtanhangsatzes 208. Code de commerce Art. 441.
3) Erklärung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens gegen einen verstorbenen Handelsmann.

Die Frage, unter welchen Bedingungen der Ausbruch des Zahlungsunvermögens eines Handelsmannes auf einen früheren Tag festzusetzen sei, als der ist, an welchem die Gant nach den Vorschriften unserer bürgerlichen Pr.O. für eröffnet gelten würde (§. 787), ist bei uns noch zu wenig praktisch geworden, als daß darüber ein feststehender Gerichtsgebrauch sich hätte bilden können *) — was gerade kein schlimmes Zeugniß für die Solidität unseres Handels abgibt. — In Frankreich war diese Frage sehr streitig, von den Gerichtshöfen und Rechtsgelehrten vielfach verschieden beantwortet, und die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Bestimmungen des Art. 441 Code de comm. sehr in Zweifel gezogen worden. Das Gesetz vom 28. Mai 1838 verkündet am 8. Juni desselben Jahres, welches eine Umarbeitung des III. Buches des Handelsgesetzes „Des faillites et banqueroutes" enthält, hat denn auch in dem Titre I. Chap. 1: De l'ouverture de faillite mehrfache Aenderungen vorgenommen. Die früheren Bestimmungen in Art. 441, dem unser L.R.A.S. entspricht, welche Anhaltspunkte für die Festsetzung des Tages des Gantausbruches geben sollten, fehlen ganz und sind in einfacher Weise ersetzt durch die Art. 440. 441. **)

In Uebereinstimmung mit Abs. 1 des Art. 437 spricht der französische Gesetzgeber in den Art. 440. 441 jetzt nur noch von der cessation des paiements. Er überläßt somit die Beantwortung der Frage, wann dieser Moment im einzelnen Falle eingetreten sei, ganz der richterlichen Würdigung der Umstände. Damit ist nun ein Theil der Streitfragen abgeschnitten, welcher über die Auslegung des Art. 441 ventilirt wurde, und es scheint mir, daß auch wir, bei Auslegung unseres L.R.A.S. 208 die Aenderung des Art. 441 benützen können, um den wahren Sinn desselben aufzudecken. Darüber, was unter der Einstellung der Zahlungen im handelsgesetzlichen Sinne zu verstehen sei, hat die Umarbeitung des französischen Handelsrechtes in der Materie der Handelsganten eine weitere Aufklärung nicht gebracht. Der Gesetzgeber überließ dies dem gesunden Sinne der Handelsgerichte in Würdigung der einzelnen Fälle.

Fragt man nun nach der Auslegung des Art. 441 (S. 208 des L.R.A.), so hat der anscheinend vorhandene Widerspruch in dem ersten und zweiten Theile desselben zu sehr verschiedener Auffassung Veranlassung gegeben. Dr. Ladenburg hat in No. 14 des 18. Jahrganges der Annalen durch die Geschichte der Entstehung des Art. 441 diesen Widerspruch zu erklären versucht, und auf die unglückliche Fassung dieses Artikels hingewiesen. Allein auch ohne dieses dankenswerthe Hilfsmittel der Entstehungsge-

*) Siehe hierüber die Rechtsfälle und Erörterungen über A.S. 208 in Annalen III. No. 43, XVI. No. 44, ebrhefg. Jahrb. n. F. VIII. S. 78. D. E.

**) Art. 440: La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, rendu soit sur déclaration du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office. Ce jugement sera exécutoire provisoirement.

Art. 441: Par le jugement déclaratif de la faillite, ou par jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge-commissaire le tribunal déterminera soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée l'epoque, à laquelle a eu lieu la cessation des paiements. A défaut de détermination spéciale la cessation des paiements sera reputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite.

Digitized by Google

schichte wird man zu dem gleichen Ergebnisse gelangen, wenn man die Auslegung in dem Gesetzbuche selbst sucht.

Der Art. 441 (A.S. 208) steht unter der Herrschaft des kurz vorhergehenden an die Spitze des III. Buches des Handelsgesetzes gestellten Art. 437 (A.S. 206.)

„Tout commerçant, qui cesse ses paiements, est en état de faillite."

Also nur der Handelsmann ist im Sinne des Handelsgesetzes gantmäßig, welcher seine Zahlungen einstellt; also der noch nicht, welcher überschuldet ist, welcher sich im Zustande der materiellen Gantmäßigkeit befindet. Man wird sich daher zuerst darüber zu verständigen haben, was unter der cessation des paiements, der Zahlungseinstellung, zu verstehen ist.*) Die Natur des Handels, des raschen Umschwunges des Verkehrs erfordert, und seine ganze Existenz beruht darauf, daß die in ihm entstandenen Verbindlichkeiten, sobald sie fällig sind, und deren Erfüllung begehrt wird, auch sofort getilgt werden. Die Erfüllung dieser Handelsverbindlichkeiten besteht in der Zahlung, sei es in Geld oder anderen Werthen.

Sobald nun ein Handelsmann seine Handelsverbindlichkeiten auf Anfordern nicht erfüllt, hört er auf zu zahlen. Damit erklärt er thatsächlich, daß er sich in der Unmöglichkeit befinde, fernerhin Mitarbeiter auf dem Gebiete des Handels zu sein, dessen Existenz auf der prompten Erfüllung der Verbindlichkeiten beruht. Diese Nichterfüllung muß in einer äußeren Handlung bestehen, welche es den mit dem Schuldner im Handelsverkehre Stehenden erkenntlich macht, daß der Schuldner seine Handelsverbindlichkeiten der Handelswelt gegenüber nicht mehr erfülle.

Der Art. 441 (208) weist nun das Gericht nicht nur an, daß es erkläre, ein Handelsmann befinde sich in dem Zustande des Zahlungsunvermögens, sondern auch, daß es feststetze, von wann an er sich in diesem Zustande befinde. Das Zahlungsunvermögen (faillite) ist aber nichts Anderes, als was der Art. 237 (206) mit der Einstellung der Zahlung bezeichnet. Der Zeitpunkt**) auf welchen der Richter den Ausbruch des Zahlungsunvermögens festzustellen hat, muß daher ein solcher sein, in welchem der Schuldner durch eine äußere Handlung zu erkennen gegeben hat, daß er seine Handelsverbindlichkeiten nicht mehr erfüllen könne.

Vergleicht man nun die Fassung des früheren Art. 441 mit dem jetzigen Art. 440. 441 des C. d. c., so ist im Wesentlichen eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens durch die neuere Gesetzgebung nicht vorgenommen worden. Das neue wie das alte Gesetz verlangt als Bedingung der Rückdatirung die Einstellung der Zahlungen und bezeichnet als den Zeitpunkt, auf welchen dieser Ausbruch rückzudatiren sei, die Einstellung der Zahlungen. Darin stimmen beide Gesetzgebungen überein. Die Verschiedenheit derselben besteht nur darin, daß in der alten Gesetzgebung einzelne Handlungen des Schuldners angegeben sind, wodurch er seine Zahlungseinstellung kund gegeben hat, und daß diese Anführung in dem neuen Gesetze fehlt.

Hält man nun fest, daß die Rückdatirung nur auf einen Zeitpunkt statt finden darf, in welchem der Schuldner seine Zahlungen factisch schon eingestellt hat, so wird uns der zweite Theil des Art. 441*) nothwendig zu der Erkenntniß führen, daß die in dem ersten Theile angeführten Vorfälle**) nicht unter allen Umständen schon als Handlungen des Schuldners erscheinen, wodurch er seinen Gläubigern zu erkennen gibt, er sei nicht mehr im Stande seine Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen. Diese Vorfälle werden uns alsdann nur als Merkmale, als Winke für den Richter erscheinen, wenn er in dem einzelnen Falle das Vorhandensein einer Zahlungseinstellung annehmen darf. Schon nach dem Wortlaute des Urtertes (— soit — soit — soit —) ist es klar, daß die hier aufgezählten Vorgänge nur beispielsweise und nicht erschöpfend aufgeführt sind. (Der Wortlaut unseres Handelsgesetzes ist hier freilich weniger glücklich gefaßt.) Auch andere gleichartige Vorgänge dürfen und müssen als Merkmale der Zeit angesehen werden, auf welche der Gantausbruch rückzudatiren ist, sobald ihnen

*) Pardessus cours de droit comm. tom. II. No. 110: „C'est la perte du crédit, qui constitue le veritable état de faillite; et le crédit n'est pas perdu, parce qu'on doit beaucoup, mais bien parce qu'on ne paie pas les créanciers, qui réclament ce, qui leur est dû."

**) Brolcher und Grimm, das Handelsgesetzbuch der kön. preußischen Rheinprovinzen, zu Art. 441 die Zusätze unter No. 7.

*) Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture, que lorsqu'il y aura cessation des paiements ou déclaration du failli.

**) — — soit par rétraite du débiteur, soit par la clôture des ces magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce.

Digitized by Google

weitere Handlungen des Schuldners folgen, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, daß er seine Zahlungen einstelle. Denn man darf nicht übersehen, namentlich bei Handelsleuten, welche nicht an einem eigentlichen Handelsplatze wohnen, und welche kein bedeutendes Handelsgeschäft haben, daß einzelne die Zahlungseinstellung bekundende Handlungen in längeren Zwischenräumen, oder gegenüber von Handelsleuten, welche an verschiedenen Orten wohnen, vorkommen können. Solchen vereinzelten Handlungen müssen andere folgen, welche entschieden und unzweifelhaft die Einstellung der Zahlungen dartun. Ist dieß aber der Fall, dann erscheinen sie als die ersten Grenzsteine der Zahlungseinstellung bis zu welchen zurück der Ausbruch des Zahlungsunvermögens zu verlegen ist. Kommen aber solche entscheidende Handlungen später nicht dazu, bleiben diese ersten Handlungen, die eine Zahlungseinstellung beurkundeten, isolirt, dann ist dieses ein Beweis, daß der Handelsmann sich nur in einer vorübergehenden Verlegenheit befand, die er mit den Mitteln, über welche er zu verfügen hatte, doch noch bewältigen konnte, wenn ihm dieses auch für einen Augenblick nicht möglich war.

Aber auch umgekehrt müssen die im Gesetz angeführten Vorgänge der Entweichung des Schuldners, des Verschließens seiner Waarenlager, der Weigerung einer Zahlung, selbst wenn später eine Einstellung der Zahlungen hinzukommt, bei der Feststellung des Zeitpunktes des Gantausbruches außer Acht bleiben, wenn die Umstände ergeben, daß der Schuldner auch nach einem der gedachten Vorgänge selbst oder durch Bevollmächtigte oder Gesellschafter im Ganzen dem handelnden Publikum gegenüber seine Handelsverbindlichkeiten forthin erfüllt hat.

Wie aber im einzelnen Falle eine Handlung, die an sich erheblich genug wäre, um das Vorhandensein einer Zahlungseinstellung zu begründen, bedeutungslos wird durch die fernere prompte Erfüllung der Verbindlichkeiten dem handeltreibenden Publikum gegenüber, so muß umgekehrt eine an sich wenig bedeutende Weigerung einer Zahlung gleichwohl für erheblich genug gehalten werden, um auf den Tag ihrer Erscheinung den Ausbruch des Zahlungsunvermögens zurückzudatiren, wenn die Folge zeigt, daß sie nur das erste Hervortreten der Verlegenheiten war, welche auf dem Schuldner lasteten, und die ihn zu weiteren und völligen Zahlungseinstellungen nöthigten. Man darf daher eine solche Handlung nie für sich allein als ein abgeschlossenes Ganzes, man muß sie vielmehr stets als eine Aeußerung der ganzen Geschäftsführung des Schuldners in Erwägung ziehen. Betrachtet man von diesem Gesichtspunkte aus die in dem Eingange des Art. 441 aufgeführten Vorgänge, dann ist kein Widerspruch zwischen dem ersten und zweiten Theile dieses Artikels mehr vorhanden. Der ganze Artikel setzt das Dasein der Zahlungseinstellung voraus. Der letzte Theil desselben sagt nur, daß die in dem ersten Theile erwähnten Vorgänge nicht an sich schon das Wesen (den Thatbestand) der Zahlungseinstellung begründen, sondern nur im Verein mit anderen nachfolgenden entscheidenden Thatsachen. Diese Vorgänge müssen vielmehr den thatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falles noch als der Anfang der Nichterfüllung der Handelsverbindlichkeiten als das erste Glied einer fortlaufenden Kette von solchen Handlungen sich darstellen.

Die Nichterfüllung der Handelsverbindlichkeiten ist es, wie oben ausgeführt, was der Gesetzgeber unter dem Worte: Einstellung der Zahlungen, verstanden wissen will. So vielfach verschieden die französischen Gerichtshöfe bei Beurtheilung der einzelnen Fälle zu Werke gingen, so sind sie doch darüber einig, daß nicht die materielle Gantmäßigkeit es ist, welche dem Ausbruch des Zahlungsunvermögens eines Handelsmannes sein Datum gibt, sondern nur eine Thatsache, welche zeigt, daß er die dem handeltreibenden Publikum gegenüber eingegangenen Verpflichtungen nicht mehr erfülle.*) Mit welchen Mitteln er diese Verpflichtungen erfüllt, ob er Hypothekarschulden macht, ob er für frühere Schulden Frist erhält, ob er Liegenschaften und Fahrnisse verkauft und mit dem Kaufpreise fällige Wechsel einlöst, ob er durch neu eröffnete Credite bei mit seinen Verhältnissen noch unbekannten Gläubigern sich neue Fonds verschafft, um seinen Handel weiter zu betreiben, das ist der Handelswelt gleichgiltig; so lange er Mittel und Wege findet, die eingegangenen Verpflichtungen zu decken, so lange erscheint er nach außen als zahlungsfähig. So lange muß er daher auch in der Handelswelt als ein Mann betrachtet werden, mit welchem man Geschäfte abschließen kann, ohne befürchten zu müssen, daß man sich dem Verdachte der Gefährde ausgesetzt und seine Verträge auf den Grund der H.R.S. 210 und ff. (Art. 443 des alten Code de comm.) mit Vernichtung bedroht sehe.

---

*) Pardessus l. c. No. 1105.

Digitized by Google

In diesem Sinne ist eine große Reihe von Urtheilen der französischen Gerichtshöfe sowohl unter der Herrschaft des alten, als des verbesserten Code de comm. ergangen. Ich verweise auf die Zusätze zum Code de comm. Gilbert und die dort angeführte reichhaltige Literatur: insbesondere auf No. 13. 14. 24. 25 zu Art. 437. No. 2. 5. 6. 8. 9. 12. 13. 15. 19 zu Art. 441.

Wie ist es zu halten, wenn ein Handelsmann stirbt, und sein Nachlaß ist unzureichend, um seine Handelsschulden zu tilgen? Findet dann auch eine Rückdatirung statt?

Der alte Code de comm. erhielt hierüber keine Bestimmung. Ebensowenig spricht sich unser Landrechtanhang darüber aus, ob ein Handelsmann noch nach seinem Tode für zahlungsunfähig erklärt werden kann. Der revidirte Code de comm. bejaht diese Frage, indem er in Art. 437 sagt:

> La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements.

Obschon wir keine gesetzliche Bestimmung, wie die im revidirten C. d. com. enthaltene besitzen, so scheint es mir doch, daß wir unsere Frage richtig, und ohne besondere Schwierigkeit lösen können, wenn wir die in der obigen Ausführung über den Art. 441 (A.S. 208) gefundenen Grundsätze zur Anwendung bringen.

Stirbt ein Handelsmann, welcher, wenn auch in dem Zustande der Ueberschuldung befindlich, bis zu seinem Tode seine Handelsverbindlichkeiten forthin erfüllt hat, dann hatte er seine Zahlungen nicht eingestellt; er stirbt daher auch nicht in dem Zustande des Zahlungsunvermögens. Seine Hinterlassenschaft mag noch so sehr überschuldet sein, ein Rückdatiren der Gant auf die Lebzeiten des Schuldners darf nicht zugelassen werden. Es kann daher auch die Frage (welche namentlich ventilirt wurde über den Fall, wenn ein überschuldeter Handelsmann sich selbst entleibt hat, um der Schande des drohenden Zahlungsunvermögens zu entgehen), ob er seine Zahlungen einstelle, wenn seine Hinterlassenschaft zur Tilgung seiner Handelsschulden unzulänglich ist, und ob deßwegen gegen ihn noch Gant zu erkennen sei, hier gar nicht zur Prüfung kommen.

Anderst stellt sich die Frage, wenn Vorgänge, wie sie Art. 441 zeichnet, oder ihnen gleichgeltende Handlungen schon zu Lebzeiten des Schuldners vorgekommen sind, und nach dem Tode desselben tritt das Zahlungsunvermögen seiner Hinterlassenschaft an das Licht. Hier werden wir entscheiden müssen, daß der Gemeinschuldner schon zu seinen Lebzeiten sich in dem Zustande der Zahlungseinstellung befunden hatte; denn die einzelnen bei seinem Leben vorgekommenen Handlungen erscheinen nur als der Anfang der Zahlungseinstellung, welche, wenn sie verschiedener Deutung fähig waren, ihre vollständige Erläuterung in dem Zustande des Vermögens des Verstorbenen in unzweifelhafter Weise fanden.

Die oben, in einem Theile wenigstens, erörterte Lehre von der Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens ist kürzlich in zwei Fällen in der Felder'schen und in der Maier'schen Handelsgant bei dem mittelrheinischen Hofgerichte praktisch geworden. Der eine derselben J. S. mehrerer Gläubiger gegen die Gantmasse des verstorbenen Gottfried Maier in Ettlingen wurde gegen den Antrag des Gantanwaltes dahin entschieden, *) daß der Ausbruch des Zahlungsunvermögens auf den Tag der die Vermögensunzulänglichkeit offenbarenden Inventur festgesetzt, und das Begehren der Rückdatirung des Gantausbruches auf die Zeit, in welcher sich die materielle Gantmäßigkeit des Maier offen kund gab, verworfen wurde.

Es folgen hier die

Entscheidungsgründe.

„Der Gantanwalt begehrte, daß der Ausbruch des Zahlungsunvermögens des verstorbenen Kaufmannes Gottfried Maier auf den 12. Januar 1848 festgesetzt werde, und als der Gantrichter diesem Begehren nicht entsprach, sondern den Ausbruch des Zahlungsunvermögens auf den 17. September 1849 festsetzte, hat der Gantanwalt gegen dieses Erkenntniß anher appellirt. Die Gantmasse ist jedoch durch diese Bestimmung nicht beschwert.

Indem das Gesetz in A.S. 208 bestimmt, daß der Ausbruch des Zahlungsunvermögens eines in Gant gerathenen Kaufmannes auf eine frühere Zeit festgesetzt werden könne, als auf die in der bürgerlichen Prozeßordnung durch §. 787 festgesetzte Zeit, wornach eine Gant

*) Gegen diese Entscheidung ist die Oberberufung ergriffen; das hofgerichtliche Urtheil wurde durch die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes bestätigt. Die Entscheidungsgründe verweisen zum Theil geradezu auf die zu dem hofgerichtlichen Erkenntnisse, zum Theil führen sie wenigstens die gleichen Grundsätze aus. D. C.

Digitized by Google

von da an für eröffnet gilt, wann das Ganterkenntniß dem Gemeinschuldner oder dem Vertreter der Masse eröffnet worden ist, macht es eine Ausnahme von der allgemeinen Regel. Sind nun Ausnahmen an und für sich nach bekannten Grundsätzen schon enge auszulegen, so muß dieß umsomehr hier der Fall sein. Denn schon die Bestimmung der bürgerlichen Prozeßordnung in den §§. 794 bis 799, wornach bestimmte in den letzten 10 Tagen vor der Ganteröffnung abgeschlossene Rechtsgeschäfte ohne einen vollen Beweis der Gefährde für ungültig erklärt werden können, andere Rechtsgeschäfte, welche in dieser Zeit vorgenommen wurden, nämlich die Erwirkung von Vorzugs- und Unterpfandsrechten, die unentgeldliche Abgaben von Liegenschaften, Zahlungen für wirklich vorhandene, aber noch nicht fällige Schulden für unwirksam erklärt werden müssen, erscheinen als eine, das Interesse der dadurch betroffenen Gläubiger sehr beeinträchtigende Ausnahmebestimmung.

Um wie viel mehr ist dieß da der Fall, wo bei einer unter den Voraussetzungen des A.S. 208 bewirkten Zurückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens oft schon vor langer Zeit erwirkte, und in gutem Glauben erwirkte, Rechte einzelner Gläubiger für nichtig erklärt werden. Je singulärer sich daher eine Ausnahmebestimmung erweist, um so strenger muß der Richter bei der Anwendung derselben auf gegebene Fälle zu Werke gehen.

Der Gantanwalt führt nun eine Reihe von Thatsachen auf, woraus hervorgehen soll, daß Maier am 12. Januar 1848 schon materiell gantmäßig, d. h. nicht mehr im Stande war, die Forderungen seiner Gläubiger zu tilgen. Als Beweise hiefür gibt er nicht nur die Thatsache an, daß bei der am 17. September 1849, wenige Tage nach dem Tode des Maier gefertigten Inventur sich eine Ueberschuldung von mehr als 100,000 fl. gezeigt habe, welche unmöglich in der letzten Zeit erst entstanden sein können, und daß das ganze liegenschaftliche Vermögen des Maier zu Gunsten einer Forderung des Hauptgläubigers Bohnenberger mit einem vertragsmäßigen Unterpfande belastet gewesen sei, sondern er führt auch an, daß am 12. Januar 1848 Maier von dem Kaufmann Wachter in eigenem und im Namen anderer Gläubiger auf Forderungen im Gesammtbetrage von 53,986 fl. belangt, und daß das auf das Zugeständniß des Maier hin erwirkte Erkenntniß zum Behufe der Erwirkung eines richterlichen Pfandrechtes in das Unterpfandsbuch sofort eingetragen worden sei. Zugleich macht er drei Kaufverträge vom 25. Januar, vom 3. Februar und 18. März 1848 geltend, wodurch Maier seine Waaren, fertige und unfertige, seine Ausstände ja sogar seine Maschinen und Fabrikeinrichtungen andringenden Gläubigern an Zahlungsstatt hingegeben habe, um deren Forderungen zu decken.

Es ist nun zwar richtig, daß der Ausbruch eines Zahlungsunvermögens nur auf einen solchen Zeitpunkt zurückdatirt werden kann, in welchem in der That eine materielle Gantmäßigkeit vorhanden war. Aber diese materielle Gantmäßigkeit reicht nicht hin, um den Gantausbruch auf eine frühere Zeit zu verlegen, als auf den der Ganteröffnung. Das Gesetz stellt vielmehr in A.S. 208 ganz übereinstimmend mit dem Inhalte des A.S. 206 als Bedingung des Zustandes des Zahlungsunvermögens eines Handelsmannes die Thatsache auf, daß der Schuldner zu zahlen aufhöre. (Art. 437. — qui cesse ses paiements. — Art. 441. — Tous les actes mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite, que lorsqu'il y aura cessation de paiements. — Code de com.) beziehungsweise sich selbst für zahlungsunfähig erkläre, wovon hier keine Rede sein kann. Erst wenn diese Bedingung vorhanden ist, kommt es zur näheren Bestimmung des Tages, auf welchen der Ausbruch des Zahlungsunvermögens zurückzudatiren ist, auf die weiteren Merkmale: Entweichung des Schuldners, Verschließen seines Waarenlagers, oder Ausstellung einer Urkunde, woraus die Weigerung zu zahlen, oder sonstige Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen hervorgeht *), an.

Der Gantanwalt hat zwar versucht, aus der Beschaffenheit der drei oben angeführten Verträge auch nachzuweisen, daß in dem Verkauf der Waarenvorräthe und

*) Die Entscheidungsgründe zu dem in der Felder'schen Handelsgant ergangenen Urtheile sagen hierüber: Nach Maßgabe des in H.R.S. 208 ausgesprochenen Grundsatzes berechtigt allerdings das bloße Vorhandensein des Zahlungsunvermögens für sich allein den Richter noch nicht, den Beginn der Gantmäßigkeit rückwärts auf eine frühere Zeit festzusetzen, sondern es sind, da die augenblickliche Verlegenheit, Unordnung oder Stockung in dem Geschäfte nicht immer nothwendig eine nachhaltige Zahlungsunfähigkeit in dem Gefolge hat, solche äußere Vorgänge erforderlich, wodurch auch für Dritte erkennbar beurkundet wird, daß der Gemeinschuldner sich in der That geweigert hat, zu zahlen, oder seine im Handel übernommene Verbindlichkeiten zu erfüllen. Anhaltspunkte hiefür sind die im H.R.S. 208 aufgestellten Beispiele, die jedoch nicht als ausschließliche Fälle betrachtet werden dürfen. D. R.

Digitized by Google

der Fabrikgeräthschaften, namentlich daß in dem Vertrage mit Bohnenberger ein dem Verschließen des Waarenlagers gleichkommendes gänzliches Einstellen des eigenen Geschäftes, die Weigerung aus eigenen Mitteln seine Handelsverbindlichkeiten zu erfüllen, liege, und schon aus diesen Verhältnissen die Unmöglichkeit, die ihm obliegenden Zahlungen zu leisten, hervorgehe.

Aus den von Maier abgeschlossenen Verträgen geht allerdings die Thatsache hervor, daß sich derselbe damals in sehr mißlichen Vermögensverhältnissen, in dem Zustande materieller Gantmäßigkeit befand, aber etwas Weiteres nicht; und auch die von Wackher am 12. Januar 1848 erhobene Klage vermag nicht mehr darzuthun. Dem Verschließen des Waarenlagers kann der Verkauf seiner Waaren und Geräthschaften deßwegen nicht gleichgestellt werden, weil Maier nach dem Wortlaute der Verträge selbst, weder Waaren noch Maschinen oder Fabrikgeräthschaften aus der Hand gab, und dem Käufer überlieferte, sondern weil er in dem Besitz derselben blieb, und mit denselben sein Fabrikgeschäft bis zu seinem Tode unter seinem Namen fortbetrieb.

Die Weigerung, seine Handelsverbindlichkeit zu erfüllen, oder gar eine Einstellung seiner Zahlungen kann aber noch weniger daraus gefolgert werden, weil, wenn man diese Verträge als in der That ernstlich gemeinte Verkäufe ansehen will, aus ihnen gerade hervorgeht, daß Maier fortwährend bemüht war, seine Verbindlichkeiten, und sei es auch durch die ihm schädlichsten Zahlungsmittel zu erfüllen.

Es ist zwar richtig, daß selbst durch diese Verkäufe beziehungsweise durch die Hingabe von Waaren und Geräthschaften an Zahlungsstatt Maier die Forderungen seiner Gläubiger (insbesondere Bohnenbergers) nicht einmal ganz befriedigte, sondern immer noch für einen Rest der Forderungen Schuldner blieb. Allein ebenso richtig ist es, daß für diesen Rest ihm weiterer Credit geschenkt wurde, so daß er fortwährend an der Spitze seiner Geschäfte bleiben konnte. Dieser Umstand beweist daher ebenfalls weiter Nichts, als daß Maier überschuldet war; nicht darin liegt aber, wie bereits ausgeführt worden ist, ein gesetzlicher Grund der Rückdatirung des Ausbruchs des Zahlungsunvermögens. Hierzu gehört vor Allem, wie ebenfalls ausgeführt worden ist, eine Einstellung der Zahlungen. Eine solche durch Anführung von einzelnen Fällen thatsächlich zu begründen hat aber der Gantanwalt nicht unternommen. Durch das unterrichterliche Urtheil ist daher die Gantmasse nicht beschwert.

Erst in der öffentlichen Sitzung hat der appellantische Anwalt den eventuellen Antrag, und zwar nur mündlich begründet, daß der Ausbruch des Zahlungsunvermögens auf den 13. September 1849, den Todestag des Maier zurückdatirt werde. Abgesehen von der Frage, ob dieß prozessualisch zulässig ist (§. 1163 Ziff. 5 der Pr.O) fehlt auch zu diesem Gesuche die Nachweisung, daß die Voraussetzungen des A.S. 208 zu der Zeit des Todestages des Maier und nicht erst bei Fertigung des Inventars (am 17. September 1849, worauf der Gantrichter den Ausbruch des Zahlungsunvermögens festgesetzt hat), vorhanden waren. Denn daraus, daß die gesetzlichen Erben des Maier auf die Erbschaft verzichtet, und sie schon von dem Tage seines Todes an nicht mehr als dessen Erben betrachtet werden können, folgt nicht, daß auch factisch an jenem Tage das Geschäft des Erblassers sistirt und die laufenden Zahlungen desselben eingestellt worden seien. Es konnte daher auch diesem mündlichen Antrage keine Folge gegeben werden."

Ottendorff.

II.

Was ist öffentlich im Sinne des Strafgesetzbuches? Wann wird durch die Verübung einer strafbaren That öffentliches Aergerniß erregt?

Unser Strafgesetzbuch spricht an verschiedenen Stellen davon, daß eine gesetzwidrige Handlung nur, oder schwerer bestraft werden soll, wenn sie „öffentlich" geschah, und knüpft verschiedene Folgen an eine strafbare Handlung, wenn sie „öffentliches Aergerniß" erregt hat, als wenn dies nicht geschah. z. B. §. 338. 358. 359. 361. 583.

Es wird nicht wohl möglich sein, im Allgemeinen die Frage zu beantworten, wann eine Handlung als öffentlich geschehen anzusehen ist, und wann sie öffentliches Aergerniß erregt hat. Es ist dieß eine reine Thatfrage, welche der richterlichen Beurtheilung untersteht.

Es gibt aber Fälle, wo diese Beurtheilung nicht geringen Schwierigkeiten unterliegt, und es dürfte zweckdienlich sein, die Entscheidungen solcher Fälle zu veröffent-

Digitized by Google

lichen, um die Grundlage für einen Gerichtsgebrauch zu erlangen.

David L. aus Freistedt saß bei seinem Bekannten G. im Wirthshause. Das Gespräch kam auf Christus und Maria, und L. ließ sich hier Reden zu Schulden kommen, welche offenbar einen frechen, höhnischen Spott und eine Lästerung enthielten. Außer G. war kein Gast in dem Wirthszimmer. War diese Aeußerung nun „öffentlich“*) geschehen? Der mittelrheinische Gerichtshof beantwortete diese Frage bejahend. Die Gründe zu dieser Entscheidung sagen hierüber:

„Die Aeußerungen müssen ferner auch schon dem Orte nach, wo sie fielen, nämlich im Wirthszimmer nach der Absicht und dem Wortlaute des Gesetzes, welches durch die angeführten nur die Strafbarkeit einer vertraulichen derartigen Aeußerung ausschließen will, als eine öffentlich geschehene bezeichnet werden. Denn wenn gleich außer dem Angeschuldigten nur ein Gast in dem Wirthszimmer war, so war doch der Zutritt jedem Fremden unverwehrt, und drei in das Wirthshaus gehörige Personen waren während des ärgerlichen Gespräches theils anwesend, theils gingen sie ab und zu, und vernahmen die in lautem, aufgeregten Tone gesprochenen Worte des Angeschuldigten.“

Kann man wohl auch annehmen, daß L. öffentliches Aergerniß im Sinne des Gesetzes erregt habe? Der Geistliche von Freistedt war dieser Ansicht, und hat sie in seinem Berichte an das Bezirksamt Rheinbischofsheim auch ausgesprochen, und es wird wohl gar keinem Zweifel unterliegen, daß eine sehr große Anzahl von Personen, welchen dadurch die Reden des L. zu Ohren kamen, daß die Sache durch G. dem Kirchengemeinderathe angezeigt worden war, an diesen anstößigen Reden wirklich Aergerniß nahmen. Allein dadurch scheint mir dem Sinne und dem Geiste des Gesetzes nicht Genüge geschehen zu sein.**) Nicht darin liegt das charakteristische des öffentlichen Aergernisses, daß eine große Anzahl von Personen, welche eine That hinterher erfährt, Aergerniß nimmt; denn wäre dieses also, so würde ein rein zufälliger ganz außerhalb der Thätigkeitssphäre des Angeschuldigten liegender Umstand die Möglichkeit der Strafverfolgung bedingen oder beseitigen können, je nachdem z. B. eine einzige bei der strafbaren Handlung gegenwärtige Person dieselbe ausplaudert oder verschweigt. Das Charakteristische liegt vielmehr in der Art der Verübung der That. Darum bedienen sich auch die §§. 338. 361. 583 St.G.B. des Ausdrucks „unter Umständen verübt, daß daraus öffentliches Aergerniß entsteht.“ So wird z. B. eine Herabwürdigung der Religion also begangen werden, daß dadurch öffentliches Aergerniß erregt wird, wenn Jemand ein Christusbild, das auf dem Markte oder in der Kirche steht, in einer beschimpfenden Weise verunstaltet, und selbst dann, wenn die That ohne Zeugen geschah, wird man sagen müssen, daß sie öffentliches Aergerniß errege.

In dieser Weise hat das mittelrheinische Hofgericht die Frage, ob durch eine That öffentliches Aergerniß im Sinne des Gesetzes erreicht worden sei, schon mehrfach entschieden.

Ottendorff.

*) Jolly äußerte in der I. Kammer (31. Sitzung des Landtags von 1842) in der Discussion über den §. 583. Ueber die Bedeutung und den Sinn des Wortes: „öffentlich“ wird man annehmen müssen, daß die Aeußerung gleichzeitig zur Kenntniß mehrerer Personen gekommen sei. D. E.

**) Jolly würde dieses nach seiner in der vorigen Note angezogenen Rede allerdings angenommen haben. Er sagte dort: „Ebenso kann öffentliches Aergerniß entstehen, wenn die Aeußerung durch spätere Mittheilungen zur allgemeinen Kenntniß gelangt. Es entsteht dann nur die weitere Frage, ob Andere daran Aergerniß nehmen mußten.“

III.

Leibgeding ist nicht zugriffsfrei.

Das Leibgeding fällt nicht unter die Bestimmungen des §. 989 der Pr.O., denn unter den dort — als dem Zugriff nicht unterworfen — erwähnten Nothdurftsgehalten, sind diejenigen Renten offenbar nicht begriffen, welche der Schuldner als Gegenleistung sich selbst bei einer freigebigen Verfügung vorbehalten oder in einem belasteten Vertrag bedungen hat. Unter Nothdurftsgehalten sind vielmehr nach L.R.S. 1265 a nur solche Einkünfte zu verstehen, welche die Gläubiger dem Schuldner zum Unterhalt zu gönnen wegen besonderer Verhältnisse verbunden sind, d. h. in Folge besonderer, gesetzlich anerkannter und dem Schuldner eingeräumter Rechtswohlthaten, die ihren Grund in Rücksichten der Humanität L.R.S. 2217 b. 1492. A.S. 237. §§. 815. 981 Pr.O.; L.R.S. 1265 a. lit. b und c. vrgl. §. 989 Pr.O.; §. 57 des Gesetzes vom 28. Juni 1810; §. 45

Digitized by Google

der Baden-Durlach'schen und §. 36 der neuen Pfarrwittwen-Fisci-Ordnung; Reg.-Bl. 1827. No. 27. S. 251; Reg.-Bl. von 1807 No. 4; §. 91. G.O. oder auf den Willen des Stifters L.R.S. 1981. §. 989 Pr.O. oder endlich auf die Person und den Stand des Schuldners haben, z. B. des Stammguts- oder Lehensinhabers, der Geistlichen u. s. w. L.R.S. 1265 a. lit. a. §§. 990. 991 Pr.O. §. 29 der Militärwittwen-Fisci-Ordnung; Gesetz vom 28. Dezember 1832 Reg.-Bl. No. 4. S. 56. vergl. Reg.-Bl. 1830 No. 4. Nach L.R.S. 2092. 2093 haftet das gesammte Vermögen des Schuldners seinen Gläubigern, es kann diesem sonach keineswegs freistehen, sich den Ertrag seines Vermögens zum Nachtheil der Gläubiger dadurch vor dem Zugriff zu sichern, daß er solches veräußert und sich natürliche oder bürgerliche Früchte desselben zu seinem Unterhalte vorbehält.

Das Bedürfniß des Schuldners kommt nur in dem gesetzlich generell anerkannten Minimum in Betracht, nicht aber nach den individuellen Verhältnissen desselben.

Wenn auch der zum Unterhalt des Schuldners verpflichtete Dritte dadurch, daß auf das für dessen Bedürfnisse Vorbehaltene von Gläubigern des Bezugsberechtigten gegriffen wird, in die Lage kommt, nach L.R.S. 205 ff. Alimente leisten zu müssen, so kann jener Dritte solchem Zugriff doch nicht steuern, weil ihm kein Gesetz erlaubt, den Vermögenszerfall des Unterhaltsberechtigten durch Zugriff zum Nachtheil der Gläubiger zu hindern, gleichviel ob das Vermögen, auf welches der Zugriff gerichtet wird, in Liegenschaften und Fahrnissen oder in Bezügen von Naturalien oder Renten bestehe.

Etf.

Soeben erschien bei Tobias Löffler in Mannheim und ist in allen badischen Buchhandlungen zu haben:

Stempf, L., Hofgerichtsrath, die neue Sportelgesetzgebung für Civil- und Militairgerichte im Großherzogthum Baden. Alphabetisch zusammengestellt. gr. 8°. broch. Preis 54 kr. carton. 57 kr.

Mitte Dezember erscheint und kann durch alle Buchhandlungen bezogen werden:

Blätter für gerichtliche Anthropologie. Für Aerzte und Juristen von **J. B. Friedrich.** 8r Jahrgang 1857, 1s Heft (Januar und Februar). gr. 8. 5 Bogen geh. 40 kr. oder 12 Sgr. Der vollständige Jahrgang umfaßt 6 Hefte, wovon regelmäßig alle 2 Monate eines erscheint.

Dieses Journal, welches den ganzen Umfang der Anthropologie und Psychologie in ihrer Anwendung auf die Rechtspflege bespricht und theils Originalabhandlungen, theils ausführliche Referate und Auszüge von den, in allen medizinischen und juristischen Zeitschriften dieser Branche veröffentlichten Abhandlungen liefert, auch von Zeit zu Zeit Besprechungen der in dieses Fach einschlagenden Schriften mittheilt, ist sowohl zum Gebrauch für Gerichtsärzte, als für Richter und Vertheidiger bestimmt. Mit jedem Jahre finden diese Blätter bei dem betreffenden Publikum mehr Eingang; in neuerer Zeit haben sie auch die besondere Beachtung hoher Behörden auf sich gezogen und ist namentlich von hohen königlich bayerischen und königlich preußischen Kreisregierungen auf dieselben empfehlend aufmerksam gemacht worden.

Nürnberg, October 1856.

Friedr. Korn'sche Buchhandlung.

Soeben erscheint und ist in allen Buchhandlungen zu haben:

Der Gerichtseid.

Zweite Abtheilung:

Die Eideszuschiebung

nach gemeinem und insbesondere hess. Rechte

von **F. C. L. Strippelmann.**

gr. 8. fl. 3. 36 kr.

Von demselben Verfasser erschien:

Der Gerichtseid

Erste Abtheilung: Der christliche Eid, nach Entstehung, Verfall und Restauration. gr. 8. geh. fl. 2. 42 kr.

Das Ehescheidungsrecht

nach gemeinem und insbesondere hessischem Rechte.

gr. 8. fl. 3. 36 kr.

Annalen der Justizpflege und Verwaltung

in Kurhessen von O. L. Heuser. 3. Bd. gr. 8.

fl. 5. 24 kr.

Enthält außer einzelnen juristischen Aufsätzen die wichtigsten Entscheidungen der Ober-Appellations-Gerichte in Cassel.

Theodor Fischer in Cassel.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 2.**

I.

Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile.

1) Ist ein Wahrspruch von Geschworenen als gerichtliches Urtheil oder Erkenntniß im Sinne des §. 1209 Abs. 1 und 2 der bürgerlichen Pr.O. anzusehen?
2) Kann auf den Grund eines Wahrspruchs, welcher den Thatbestand der Urkundenfälschung theils bejaht, theils verneint, eine Wiederherstellungsklage gegründet werden?
3) Gilt ein solcher Wahrspruch vor dem Civilrichter als Beweis der Fälschung, wovon der Angeklagte durch das Urtheil des Schwurgerichtshofs freigesprochen worden ist?

Schirrmann gegen Braun.

Da Wiederherstellungsklagen gegen rechtskräftige Urtheile fast zu den Seltenheiten gehören, so darf es nicht auffallen, daß der 48. Titel unserer bürgerlichen Pr.O., welcher von diesem außerordentlichen Rechtsmittel handelt, zur Zeit noch weniger erörtert ist, als andere Lehren des Prozeßrechts. Es wird daher keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn hier ein vor kurzem zur oberhofgerichtlichen Entscheidung gelangter Restitutionsfall in der Absicht mitgetheilt wird, einige Bestimmungen des §. 1209 der Pr.O., welche theilweis dem Art. 480 No. 8 des Code de proc. entlehnt zu sein scheinen, näher zu beleuchten.

Nach §. 1209 No. 1 und 2 findet die Wiederherstellung namentlich dann statt, wenn das (angefochtene) Urtheil sich auf Beweisurkunden gründet,

welche schon vorher, ohne daß der Wiederherstellungskläger es wußte, durch gerichtliches Urtheil als falsch erkannt waren, oder welche nachher, seit der Zeit des gefällten Urtheils, durch gerichtliches Erkenntniß als falsch erklärt worden sind.

Bei der Verschiedenheit der hier gebrauchten Ausdrücke fragt es sich zunächst: ist das Erkenntniß mit dem Urtheil gleichbedeutend und ist hierunter ein civilgerichtliches oder ein strafgerichtliches zu verstehen?

Hierüber findet man weder in dem an S. K. H. den Großherzog erstatteten Bericht der Gesetzgebungscommission vom 15. November 1830, noch in den landständischen Verhandlungen von 1831, noch in den v. Weiler'schen Motiven zur Prozeßordnung irgend welchen Aufschluß.

Auch die bezüglichen Stellen des gemeinen Rechts, welche zur Restitution den Beweis der Falschheit jener Urkunden, auf die das rechtskräftige Urtheil sich gründet, erforderlich machen, lassen unentschieden, wie dieser Beweis erbracht werden muß.

Const. 1—3. Cod. si ex falsis 7. 58.
Cap. 6. X. de except. 2. 25.

Insbesondere ist an diesen Orten von Erkenntnissen oder Urtheilen überall nicht die Rede.

Uebrigens könnte man im Hinblik auf §. 1209 No. 3 und 4, wo von Beweisen, die sich im Wege des Strafprozesses ergeben haben — gehandelt wird, anzunehmen versucht sein, daß unter No. 1 und 2 civilgerichtliche Entscheidungen verstanden sein sollen. Dieß scheint aber nicht wohl möglich; denn ist ein bürgerlicher Prozeß rechtskräftig abgeurtheilt, so hat der Civilrichter — von einer Erläuterung, Ergänzung, Berichtigung oder Vollstreckung seines Urtheils abgesehen — in der Sache nichts mehr zu thun, geschweige denn ein weiteres Erkenntniß zu geben, auf dessen Grund nachher

Digitized by Google

bei ihm selbst Wiederherstellung gegen das rechtskräftige Urtheil gesucht werden könnte.

Deßhalb dürfte der §. 1209 No. 1 und 2 nur strafgerichtliche Erkenntnisse oder Strafurtheile im Auge haben, welche auch vor dem Civilrichter, wie nach §. 18 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen nicht zu bezweifeln sein wird, als Rechtswahrheiten gelten müssen.

Zentner, Rechtsmittel S. 182.
Annalen XXIII. 265—68.

Wer also eine Wiederherstellungsklage auf den §. 1209 No. 1 oder No. 2 gründen will, der muß ein Strafurtheil beibringen, wodurch eine bestimmte Person der Fälschung von Urkunden für schuldig erkannt ist, die dem angefochtenen Civilurtheil zum Grunde liegen; denn solche Erkenntnisse, durch welche ohne Rücksicht oder ohne Beziehung auf eine bestimmte Person gewisse Urkunden für falsch erklärt werden, kennt unsere Gesetzgebung nicht. St.Pr.O. §. 245, E.G. vom 5. Februar 1851 §. 101.

An diese Einleitung reiht sich der in den

Annalen XXIII. No. 7 und 8

referirte Cassationsfall, welcher den Stoff zu einer Wiederherstellungsklage geliefert hat.

Es wurde nemlich, nachdem die W. Schirrmann'sche Ehefrau den ihr durch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 16. Februar 1855 auferlegten Notheid am 24. April 1855 bei dem großh. Bezirksamte Oberkirch ausgeschworen hatte, unterm 15. Mai 1855 folgender Vereinigungsbescheid erlassen:

„Die Urkunden vom 13. Oktober 1850 über ein Darleihen von 600 fl. und jene vom 24. November 1850 über ein weiteres Darleihen von 800 fl. werden für ächt und die Kläger als Eigenthümer der genannten Forderungen erklärt, sohin die amtlichen Erkenntnisse vom 5. und vom 23. Juli 1851, wodurch zu Gunsten des Michael Braun gerichtlichen Beschlag auf die Restforderung des Peter Feger an Peter und Michael Keßler gelegt, beziehungsweise bestätigt worden ist, wieder aufgehoben ꝛc. ꝛc."

Zu gleicher Zeit stellte M. Braun in einer bei dem oben belobten Bezirksamte eingereichten Anklage den Antrag: gegen die W. Schirrmann'sche Ehefrau und C. Stutz eine Untersuchung wegen Meineids einzuleiten.

Welches Ergebniß diese auch noch gegen P. Feger und W. Schirrmann wegen Urkundenfälschung ausgedehnte Untersuchung hatte, melden die Annalen a. a. O. S. 51—53.

In Bezug auf P. Feger und dessen Tochter erging am 22. Dezember 1855 ein freisprechendes Urtheil des Schwurgerichtshofs, während das Erkenntniß gegen W. Schirrmann und C. Stutz bis auf Betreten vorbehalten ward.

Hierauf machte der bisherige Anwalt der M. Braun in einer Eingabe vom 30. Januar 1856 bei großh. Oberhofgericht die vorläufige Anzeige, daß sein Principal eine auf die §§. 1209 und 1210 der bürgerlichen Pr.O. gegründete Wiederherstellungsklage gegen das oberhofgerichtliche Urtheil vom 16. Februar 1855 und das Purificationserkenntniß vom 15. Mai 1855 anzustellen gedenke, welche denn auch am 17. Februar 1856, und also innerhalb der im §. 1218 bestimmten Frist von 28 Tagen, eingereicht worden ist.

Zu ihrer Begründung wurde vorgetragen:

In Folge des Wahrspruchs der Geschworenen zur Frage 1 sei für M. Braun der Grund zu einer Wiederherstellungsklage nach §. 1209 Abs. 2 gegeben. Durch diesen Wahrspruch sei, wie dieß auch nach dem darauf erfolgten schwurgerichtlichen Urtheil laut seiner Entscheidungsgründe ersichtlich, rechtskräftig entschieden, daß die beiden Urkunden vom 13. Oktober und vom 24. November 1850, worauf sich das oberhofgerichtliche Urtheil vom 16. Februar 1855 gründe, falsch und zwar, daß sie fälschlich von P. Feger in betrügerischer Absicht gefertigt worden.

Nach der Organisation des schwurgerichtlichen Verfahrens könne die Entscheidung über eine Thatfrage competenterweise nur von den Geschworenen abgegeben werden und es könne daher im vorliegenden Falle keinem Zweifel unterliegen, daß der Wahrspruch der Geschworenen ganz eigentlich jenes richterliche Erkenntniß sei, an welches der §. 1209 Abs. 2 die Begründung einer Wiederherstellungsklage knüpfe.

Diesem Vortrage waren eventuell noch weitere Restitutionsgründe beigefügt, welche aber hier mit Stillschweigen übergangen werden, weil keine Entscheidung darüber erging.

Von Seiten der Restitutionsbeklagten bemängelte man zuvörderst die Förmlichkeiten, berief sich sodann zur Sache

Digitized by Google

selbst auf das freisprechende Urtheil des Schwurgerichtshofs und auf den Wahrspruch der Geschworenen zur Frage 2, wonach es an dem Thatbestand der Urkundenfälschung fehle, weil nicht dargethan sei, daß von den gefälschten Urkunden, als von ächten, Gebrauch gemacht worden. Damit sei das Gegentheil dessen erwiesen, was der Wiederherstellungskläger hätte erweisen sollen, die Thatsache nemlich, daß die Urkunden durch gerichtliches Erkenntniß **nicht** für falsch erklärt worden sind. Mehr als gewagt sei es, eine Antwort von Geschworenen auf eine Frage des Gerichts ein gerichtliches Erkenntniß zu nennen, indem ein solches nur von angestellten Richtern gegeben werden könne. Wolle der Restitutionskläger die Antwort zur Frage 1 für sich anführen, so müsse er auch die Antwort zur Frage 2 gegen sich gelten lassen. Hiernach entbehre die Wiederherstellungsklage der materiellen Begründung.

Bei der oberhofgerichtlichen Berathung traten zweierlei Ansichten zu Tage. Die Minorität stimmte für Verwerfung des Rechtsmittels und zwar deßhalb, weil die Wahrsprüche der Geschworenen keine gerichtlichen Erkenntnisse im Sinne des §. 1209 Abs. 2 der P.O. seien, indem sie blos die thatsächliche Grundlage bilden, auf welche der Schwurgerichtshof, dem die Entscheidung zukommt, das Urtheil baue. Dieses Urtheil sei das gerichtliche Erkenntniß, welches die angeführte Gesetzesstelle im Auge habe. Durch das auf den Wahrspruch der Geschworenen erfolgte Urtheil des Schwurgerichtshofs sei aber P. Feger von der wider ihn erhobenen Anschuldigung der Urkundenfälschung freigesprochen und zwar deßhalb, weil die Geschworenen die Frage: ob von den gefälschten Urkunden bei Gericht wissentlich Gebrauch gemacht worden? verneint hätten. Die Wiederherstellungsklage sei daher unbegründet, da die in dem Vorprozesse von den W. Schirrmann'schen Eheleuten gebrauchten Urkunden durch das schwurgerichtliche Urtheil nicht für falsch erklärt seien.

Die Ansicht der Majorität ist in den unten folgenden Entscheidungsgründen ausgedrückt, von welchen der die Förmlichkeiten des Rechtsmittels berührende Inhalt hinweggelassen wird.

Durch das auf die Restitutionsverhandlungen ergangene Urtheil vom 18. Dezember 1856 ist M. Braun gegen das frühere Urtheil vom 16. Februar und gegen das Purificationserkenntniß vom 15. Mai 1855 wiederhergestellt und der im Vorprozesse durch das großh. Hofgericht bestätigte Amtsbescheid, des Inhalts:

„Die kläger'schen Eheleute seien unter Verfällung in die Kosten mit ihrer Klage abzuweisen"

auch von dem großh. Oberhofgericht bestätigt worden.

Entscheidungsgründe.

In der Hauptsache handelt es sich um Wiederherstellung gegen ein auf Notheid erkennendes Urtheil und es unterliegt keinem Zweifel, daß der Wiederherstellungsgrund des §. 1209 Abs. 2, wonach die Wiederherstellung begehrt werden kann, wenn die entscheidenden Urkunden später durch gerichtliches Erkenntniß für falsch erklärt worden sind, hier als statthaft erscheint.

Wenn auch nach L.R.S. 1363 und §. 558 der Pr.O. bei dem Haupteide die Wiederherstellung auf den Grund des §. 1209 Abs. 4 der Pr.O. beschränkt ist, so findet doch diese Beschränkung auf den Notheid, sowohl nach §. 590 der Pr.O. als nach der ganz verschiedenen Natur dieses Eides, keine Anwendung; vielmehr greifen hier außer dem strafrechtlichen Beweise, daß falsch geschworen wurde, alle übrigen Wiederherstellungsgründe, wie bei anderen Urtheilen Platz.

Das angeführte schwurgerichtliche Erkenntniß vom 22. Dezember 1855 entspricht vollständig den Voraussetzungen des §. 1209 Abs. 2; denn nicht nur haben die Geschworenen in ihrem Wahrspruche die betreffenden Urkunden ausdrücklich für falsch erklärt, sondern auch der Schwurgerichtshof hat sich diesen Wahrspruch angeeignet, indem er den Peter Feger auf den Grund dieses Wahrspruchs, d. h. wegen Fertigung der falschen Urkunden, zur Tragung der Strafprozeßkosten verurtheilt hat.

Da nun der §. 1209 Abs. 2 der Pr.O. mehr nicht verlangt, als die Anerkennung der Falschheit einer Urkunde durch gerichtliches Erkenntniß und diese Anerkennung sowohl in dem Wahrspruch als in dem Urtheil des Schwurgerichtshof ausgesprochen ist, so mußte die erbetene Wiederherstellung ertheilt werden.

Mit der Beweislosigkeit der betreffenden Urkunden zerfällt aber von selbst die Grundlage des früheren oberhofgerichtlichen Urtheils und es muß nunmehr das die Kläger abweisende hofgerichtliche Urtheil bestätigt werden.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

D. R.

Digitized by Google

II.

Zur Lehre von der Zuständigkeit, wenn ein Inländer eine auch im Inlande strafbare Handlung im Auslande begeht, und darauf in das Inland zurückkehrt; §. 13 St.Pr.O. insbesondere: hat ein Schäferknecht, welcher mit der Herde seines Dienstherrn oft von dessen Wohnort entfernt ist, und wenn er zurückkehrt, nicht in dessen Behausung, sondern in der Pferchhütte auf dem Felde schläft, mit seinem Dienstherrn einerlei Wohnsitz und ist deßhalb das Gericht dieses Ortes, oder ist das Gericht des Ortes, wo der Knecht Ortsbürgerrecht besitzt, zur Einleitung einer Untersuchung gegen ihn zuständig? L.R.S. 109.

Der Schäferknecht Karl Berberich von Schlierstadt im Amte Adelsheim hat im Jahre 1853 im großh. hessischen Landgerichte Fürth sich dadurch eines Feldfrevels schuldig gemacht, daß er die Schafe seines Dienstherrn auf angeblümten Feldern weiden ließ. Einen Feldschützen, der es gewahrte, versuchte Berberich durch Bestechung von der Anzeige abzuhalten. Er kam deßhalb in Untersuchung und es erließ unterm 22. Mai v. J. das großh. hessische Hofgericht in Darmstadt ein Urtheil gegen ihn, welches ihn wegen Bestechung in eine vierwöchentliche Gefängnißstrafe verfällte. Dem Berberich ist indessen dieses Strafurtheil nicht verkündet worden. Er war längst wieder in das Großherzogthum Baden, wo er in Schlierstadt, im Amte Adelsheim, das Ortsbürgerrecht besitzt, zurückgekehrt, und hatte sich in den verstrichenen drei Jahren an verschiedenen Orten als Schafknecht aufgehalten. Schon seit langer Zeit stand er in dieser Eigenschaft in Diensten des Johann Becker in Bauerbach im Amte Bretten, und befand sich in dessen Auftrag schon nahezu ein halbes Jahr in Döggingen im Bezirksamte Donaueschingen, wo er auf der Sommerweide Schafe seines Dienstherrn hütete, als das Landgericht Fürth sich an das Amt Donaueschingen mit dem Ersuchen um Vollzug des hofgerichtlichen Urtheils wendete. Das Amt Donaueschingen wies dieses Ansinnen zurück; es erklärte sich aber erbötig, nach genommener Akteneinsicht eine neue Untersuchung einzuleiten. Das Landgericht Fürth schickte jedoch nicht diesem, sondern dem Bezirksamte Adelsheim die Akten zur Einleitung der Untersuchung wegen des Verbrechens der Bestechung, weil in dem Bezirke dieses Gerichts Berberich heimathsberechtigt sei. Allein das Amt Adelsheim war der Ansicht, daß es zur Untersuchung nicht zuständig sei, weil der Angeschuldigte schon seit längerer Zeit in Diensten des im Amte Bretten wohnenden Johann Becker stehe, und sonach mit demselben nach L.R.S. 109 den gleichen Wohnsitz theile, hiernach aber das Amt Bretten das allein zuständige sei. Das Amt Bretten dagegen bestritt die ihm angemuthete Zuständigkeit, deßhalb, weil Berberich nicht, wie es L.R.S. 109 voraussetze, in einem Orte, und in einem Hause mit seinem Dienstherrn wohne, sondern schon viele Monate über 100 Stunden von ihm entfernt sich aufhalte, — und sandte dem Amte Adelsheim die Akten zurück. Dieses wendete sich nun an das ihm vorgesetzte Hofgericht des Unterrheinkreises, und letzteres — die Ansicht des ihm untergeordneten Amtes theilend, an das Hofgericht des Mittelrheinkreises, um zu erwirken, daß das Amt Bretten für das zuständige Untersuchungsgericht erklärt werde.

Der mittelrheinische Gerichtshof veranlaßte sofort die Einvernahme des Johann Becker darüber, ob sich sein Dienstknecht ständig oder nur vorübergehend in Döggingen aufhalte. Becker erklärte den Aufenthalt des Berberich auf der Sommerweide für einen vorübergehenden: allein er fügte bei, daß, wenn sein Knecht mit den Schafen nicht auf fremder Weide, sondern zu Hause sei, er auch dann nicht in seinem Orte, und in seinem Hause, sondern in der Pferchhütte auf dem Felde schlafe.

Gleichwohl erklärte das mittelrheinische Hofgericht das Amt Bretten für zuständig.

Der hier einschlagende Theil des Erlasses, welcher das Amt Bretten die Untersuchung gegen Berberich einzuleiten anweist, lautet:

„— Das hiefür — (zur Einleitung der Untersuchung) zuständige Gericht ist nach §. 13 der St.Pr.O. das Gericht des Wohnsitzes des Angeschuldigten; als solches könne keinen Falls das großh. Bezirksamt Donaueschingen gelten, weil unbestritten Berberich in dortigem Bezirke sich nur vorübergehend auf Weisung seines in Bauerbach wohnenden Dienstherrn aufhält. Auch Schlierstadt, der Heimathsort Berberichs kann nicht als dessen Wohnsitz gelten, weil er schon über 10 Jahre sich nicht mehr dort aufhält, und L.R.S. 102 a, wie aus den folgenden Sätzen sich ergibt, nicht so auszulegen ist, daß der Ortsbürger an keinem andern Orte, als wo er Ortsbürgerrecht hat, seinen Wohnsitz haben könne. Dagegen sind alle Voraussetzungen

Digitized by Google

vorhanden, unter welchen anzunehmen ist, daß Berberich seinen Wohnsitz in Bauerbach im Bezirke des Amtes Beetten habe. Denn dort ist er zur Ausübung seines Berufes im Dienste getreten und zwar auf unbestimmte Zeit: dort hat er seine Ernährungsquelle, und wenn er an anderen Orten verweilt, so geschieht dies nur vorübergehend und nicht willkührlich, sondern auf von seinem Dienstherrn erhaltene Weisung. Demnach hat er in Bauerbach seine Hauptniederlassung, nach welcher L.R.S. 102 den Wohnsitz bestimmt. L.R.S. 109 steht nicht entgegen. Denn diese Gesetzesstelle drückt nur eine Vermuthung aus für den Wohnsitz unter den angegebenen Verhältnissen, ohne aber solche als Bedingung zu setzen. Zudem liegen hier keine widersprechende Verhältnisse vor, da Berberich nur zeitweilig in Döggingen sich aufhält, sonst auf Bauerbacher Gemarkung wohnt, und die Pferchhütte, in welcher er dann schläft, nicht als ein vom Hause seines Dienstherrn im Sinne des Gesetzes abgesonderter Wohnraum anzusehen ist."

Der in diesem Erlasse niedergelegten, gewiß mit sehr gewichtigen Gründen unterstützten Ansicht gegenüber läßt sich vielleicht auch eine andere Auslegung des L.R.S. 109 geltend machen.

Der L.R.S. 102a sagt uns, wo Jemand seine Hauptniederlassung (102) habe, von dem nicht bekannt ist, daß er durch einen Akt seines Willens unzweideutig zu erkennen gegeben hat, daß er einen bestimmten Ort als den bleibenden Mittelpunkt seiner Thätigkeit oder seines Aufenthalts gewählt habe. Mit andern Worten: Der in L.R.S. 102a bezeichnete Ort ist der ursprüngliche, somit bei jedem Staatsbürger vermuthete Wohnsitz desselben. Der Aufenthalt an einem anderen Orte kann nur dadurch zu einem Wohnsitze werden, wenn die Absicht, den ursprünglichen Wohnsitz für immer zu verlassen, und an den neuen Wohnort zu verlegen, mit der Veränderung des Wohnortes zusammentrifft, und klar aus ihr hervorgeht. (L.R.S. 103, Zachariä IV. Aufl. I. S. 300.) Der Eintritt in den Dienst eines Andern ist der täglichen Erfahrung nach nicht mit der Absicht begleitet, für immer in dessen Dienst zu bleiben. Es wäre ein solcher vertragsmäßiger Diensteintritt sogar gegen das Gesetz. L.R.S. 1780. Die Wahl des Wohnortes, wo der Dienstherr wohnt, setzt daher an und für sich noch nicht die Absicht voraus, an diesen Ort den bleibenden Mittelpunkt seines bürgerlichen Lebens zu verlegen. Unter jener Voraussetzung knüpft jedoch das Gesetz an den Diensteintritt die Vermuthung, daß Dienstleute ihren ursprünglichen Wohnsitz (den des L.R.S. 102. 102a) aufgeben, und an den Wohnort ihres Dienstherrn verlegen, nemlich dann, „wenn sie an dem nämlichen Orte und in einem Hause mit demselben sich aufhalten." („— lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison.") Es genügt somit nicht zur Begründung der gesetzlichen Vermuthung des L.R.S. 109, daß Dienstboten nur den Wohnort verändern, um an dem Wohnorte ihrer Dienstherrschaft ihre Ernährungsquelle zu suchen, sondern sie müssen zu ihr und in das nämliche Haus ziehen.

Vergleichen wir nun die hier vorliegenden Thatsachen mit den gesetzlichen Bestimmungen. Können wir alsdann sagen, daß Berberich den Wohnsitz an dem Orte seines Ortsbürgerrechts aufgegeben habe, um an einem andern Orte seine Hauptniederlassung bleibend aufzuschlagen, während er schon seit mehr als 10 Jahren an verschiedenen Orten sich aufhält? Man könnte aus dem Verlassen seines Heimathsortes vielleicht folgern, daß er beabsichtigt habe, dort seine Hauptniederlassung aufgeben zu wollen, aber nicht, daß er sie aufgegeben habe, denn dieß teilt rechtlich gewiß nur mit der Wahl eines andern Wohnsitzes ein. Daraus aber, daß er schon seit geraumer Zeit in dem Dienste Beckers steht, kann nach dem Sinne des Gesetzes gewiß etwas Weiteres nicht gefolgert werden, als daß er seine Nahrungsquelle in dessen Dienst suche. Allein dieser Dienst ist ja wie jeder andere Knechtdienst ein beliebig, von beiden Seiten zu jeder Zeit aufkündbarer. Das Landrecht sagt aber sogar in Satz 106, daß der Staatsbürger, der zu einem öffentlichen Amte berufen wird, das auf Zeit beschränkt, oder auf Widerruf verliehen ist, den Wohnsitz behält, den er vorher hatte, wenn er nicht eine andere Gesinnung kund gibt. Das Verhältniß eines Knechtes zu seinem Dienstherrn kann gewiß nicht für ein festeres und mehr dauerndes als ein solches Amt angesehen werden; und hier um so weniger, als Berberich zu beinahe drei Theilen des Jahres an, zum Theile sehr entfernten Orten, und zum 4. Theile desselben nicht einmal in dem Dorfe, geschweige denn in dem Hause seines Dienstherrn schläft. Diese Thatsachen scheinen mir daher die Voraussetzungen nicht zu begründen, an welche das Gesetz die Vermuthung der unzweifelhaften Absicht der Verlegung der Hauptniederlassung knüpft.

(Vergleiche Duranton tome I. No. 374.) Otf.

Digitized by Google

III.

1) Landesverweisung der Ausländer. §. 33 des Strafedikts und §. 18 des St.G.B.
2) Unzulässigkeit der Abänderung eines Strafurtheils durch das erkennende Gericht. Annalen IX. S. 240. XV. S. 76. ff. XVI. S. 123. XVII. S. 425.

Der Literat Christian Gottlieb Abt von Eßlingen, Königreich Würtemberg, wurde vom Hofgericht des Seekreises am 26. Juli 1856 der Theilnahme am hochverrätherischen Aufstand vom Jahr 1849 für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von einem Jahr oder von 8 Monaten Einzelhaft, zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens, unter sammtverbindlicher Haftbarkeit mit den übrigen Theilnehmern, sowie zu Tragung der Kosten der Untersuchung und der Urtheilsvollstreckung verurtheilt. Dagegen wurde unterlassen, gegen denselben zugleich auch die Landesverweisung auszusprechen. Deßhalb ergriff die Staatsbehörde den Rekurs gegen das hofgerichtliche Urtheil, indem sowohl nach §. 33 des Strafedikts von 1803, welches gemäß §. 145 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 hier maßgebend ist, als auch nach §. 18 des St.G.B. Landesverweisung gegen den Angeschuldigten als Ausländer hätte erkannt werden sollen. Hierauf wurde von dem Hofgericht des Seekreises durch Erkenntniß vom 6. August 1856 nachträglich die Landesverweisung ausgesprochen, weil es lediglich auf einem Uebersehen beruhe, daß die Landesverweisung nicht schon in dem frühern Urtheile erkannt worden. Hiegegen ergriff nun der Angeschuldigte den Rekurs, und zugleich griff der Staatsanwalt für den Fall, daß großh. Oberhofgericht der Ansicht sein sollte, es sei das Hofgericht nicht befugt gewesen, nachträglich die Landesverweisung auszusprechen und insofern das frühere Urtheil abzuändern, auf seinen Rekurs zurück, auf den er nicht verzichtet hatte.

Von großh. Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 13. Dezember 1856 das hofgerichtliche Erkenntniß vom 6. August zwar aufgehoben, dagegen das hofgerichtliche Urtheil vom 26. Juli, insoweit dagegen von großh. Staatsbehörde rekurrirt worden, in der Weise abgeändert, daß der Angeschuldigte neben der erkannten Freiheitsstrafe auch noch zur Strafe der Landesverweisung zu verurtheilen sei u. s.

Entscheidungsgründe.

Durch das hofgerichtliche Urtheil vom 26. Juli v. J., welches den Angeschuldigten der Theilnahme an dem hochverrätherischen Aufstande vom Jahre 1849 für schuldig erklärt und deßhalb zu einer zeitlichen Zuchthausstrafe verurtheilt, hätte sowohl nach der Vorschrift des §. 33 des Strafedikts von 1803, unter dessen Herrschaft das Verbrechen verübt worden ist, als auch nach der Vorschrift des §. 18 des neuen Strafgesetzes gegen den ausländischen Angeschuldigten nebst dem die Strafe der Landesverweisung ausgesprochen werden sollen.

Nach der schon am 2. August v. J. erfolgten Publikation des hofgerichtlichen, die Landesverweisung nicht erkennenden, Urtheils vom 26. Juli v. J. an den Angeschuldigten war jedoch das großh. Hofgericht selbst nicht mehr befugt, sein eigenes Urtheil wieder insoweit abzuändern, daß es nachträglich noch zu der allein erkannten Freiheitsstrafe die früher nicht ausgesprochene Strafe der Landesverweisung hinzufügte. Das deßfallsige Nachtragserkenntniß vom 6. August v. J. bezweckt keine Verbesserung eines in der blosen Ausfertigung des vom Gerichtshofe wirklich beschlossenen Urtheiles, sondern die Verbesserung eines in der richterlichen Aburtheilung selbst liegenden Fehlers, den nach bekannten Rechtsgrundsätzen nach einmal erfolgter Publikation des Urtheils nicht mehr derselbe Richter, von dem es ausgegangen war, sondern nur der Oberrichter in Folge eines an ihn ergriffenen Rechtsmittels verbessern kann, gleichviel, ob das ergangene Urtheil nur in Folge des Uebersehens einer Gesetzesvorschrift durch den urtheilenden Richter, oder in Folge einer unrichtigen Auslegung und Anwendung des Gesetzes gegen dieses verstoßt. In dieser formellen Richtung erscheint darum auch die von dem Angeschuldigten gegen das hofgerichtliche Nachtragserkenntniß vom 6. August v. J. gerichtete Beschwerde gerechtfertigt und es war demnach auch dieses Erkenntniß als nichtig wieder aufzuheben.

Andererseits hat aber auch der großh. Staatsanwalt gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 26. Juli v. J. selbst gerade darum, weil damit nicht neben der erkannten Freiheitsstrafe die gesetzlich gebotene Landesverweisung ausgesprochen worden war — und zwar innerhalb der gesetzlichen Frist — nemlich schon de praes. 3. August v. J. der Rekurs an den Oberrichter angezeigt und ausgeführt, auch später auf dieses Rechtsmittel nie verzichtet. —

Auf diesen von der großh. Staatsbehörde ergriffenen

Digitized by Google

Rekurs mußte, weil — wie oben gezeigt — die dagegen in der Beschwerdeausführung des Angeschuldigten versuchte Bekämpfung der Zulässigkeit der Landesverweisung überhaupt als unbegründet erscheint — das Haupturtheil von dem Obertrichter dem Gesetze gemäß in der Weise gefällt werden — wie es gleich Anfangs in der vorderen Instanz hätte gefällt werden sollen.

Hgr.

IV.

Der Gläubiger kann den Bürgen gleichzeitig mit dem Hauptschuldner belangen; jedoch steht dem Bürgen, welchen der Gläubiger belangt, während gegen den Hauptschuldner ein Rechtsstreit über das Bestehen oder den Betrag der Hauptschuld anhängig ist, die exceptio litis pendentis zu.

Eine der Wirkungen der von dem zuständigen Richter auf die Klage erlassenen Verfügung ist nach §. 284 Z. 5 vrgl. mit §. 40 Pr.O. die Fortdauer der Gerichtsbarkeit jenes Richters bis zur Beendigung der Sache, wenn sich auch in der Zwischenzeit der Gerichtsstand des Beklagten änderte.

Diese Wirkung nimmt dem Kläger das Recht, dieselbe Klage wider denselben Gegner neuerdings noch einmal anzustellen, gleichviel ob bei demselben oder bei einem andern Gerichte, auch wenn die Zuständigkeit desselben mit derjenigen des Gerichts, welches auf die Klage verfügt hat, in der betreffenden Streitsache concurrirte.

Jene Wirkung gibt folgeweise dem Beklagten das Recht, dem Versuch des Klägers, sie nicht zu beachten, entgegen zu treten.

Dies geschieht mit der Einrede der Rechtshängigkeit (exceptio litis pendentis *), welche ihn als gerichtsablehnende Einrede von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreit. —

Nach L.R.S. 2036 ist der Bürge berechtigt, dem Gläubiger alle Einreden entgegenzusetzen, welche dem Hauptschuldner zustehen und mit der Schuld zusammenhängen, d. h. dem Schuldner nicht blos aus seiner persönlichen Eigenschaft zustehen.

Die Einrede des, wegen derselben Verbindlichkeit nach der, von einem zuständigen Gericht auf die Klage des Gläubigers erlassenen Verfügung nochmals belangten Schuldners, die Einrede, daß er, weil die Sache bereits anhängig, von der Pflicht zur Einlassung befreit sei, hängt nun wenigstens formell mit der Schuld zusammen und ist von einer persönlichen Eigenschaft des Schuldners nicht abgeleitet, sie muß also nach L.R.S. 2036 auch dem Bürgen zukommen.

Diese Einrede des Schuldners kann aber dem Bürgen begreiflicherweise nur insoweit zukommen, als es sich auch ihm gegenüber um den Hauptvertrag, das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner, handelt, und nicht blos um den, sein Verhältniß zu dem Gläubiger regelnden Nebenvertrag, den Bürgschaftsvertrag.

Seine Neben- (accessorische) Verbindlichkeit, die Bürgschaft, setzt eine Hauptverbindlichkeit, eine objectiv gültige Schuld voraus; wenn, beziehungsweise soweit diese die Hauptsache, nicht besteht, kann auch jene als Nebensache nicht bestehen.

L.R.S. 2012. 2013 vrgl. 1294. 1290.

Wenn also die Hauptschuld in ihrer Entstehung oder ihrem Bestande nicht beanstandet, sondern nur die nicht erfolgte Zahlung verlangt wird, so kann diese gegen den Hauptschuldner und den Bürgen zugleich gerichtlich betrieben werden (welch' Letzterem in diesem Falle, sowie in dem weiteren, wenn er zuerst belangt wird, nur die Einrede der Vorausklage zukommt, L.R.S. 2021) L.R.S. 1204. vrgl. mit 2011. 1200.

Wenn aber das Bestehen oder der Betrag der Hauptschuld in Frage gezogen werden soll, so kann dies zwar ebensowohl von Seiten des Bürgen als des Hauptschuldners geschehen.

L.R.S. 1208. 2036.

Ist jedoch diese Frage zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner ausgetragen, so wirkt diese Entscheidung auch für, beziehungsweise gegen den Bürgen, welcher die dem Hauptschuldner günstige Entscheidung, sofern sie nicht blos auf dessen persönlicher Eigenschaft beruht, gegen den Gläubiger mit der exceptio rei judicatae ebensogut als der Hauptschuldner selbst geltend machen darf.

Stabel, Vorträge über die bürgerl. P.O. S. 59. 60.
Merlin, mot. caution §. IV. No. 3.

*) Diese Einrede, die exceptio rei in litem deductae des älteren r. Rechts ist durch das canonische Recht zu ihrem Namen gekommen. Sie wird dem Beklagten dann nicht zukommen, wenn er in der Tagfahrt ausblieb oder sich nicht schriftlich vernehmen ließ, also der Verfügung auf die Klage keine Folge leistete und der Kläger unterlassen hat, gegen ihn anzurufen. §§. 324. 327. 605. 608 P.O.

Digitized by Google

Wer aber die günstige Entscheidung eines abhängigen Rechtsstreites dereinst, nachdem er ausgetragen ist, mit der exceptio rei judicatae geltend machen darf, der kann durch die exceptio litis pendentis verhüten, daß derselbe Rechtsstreit, während er eben ausgetragen wird, gegen ihn nochmals ausgetragen werde.

In dieser Lage ist nun der Bürge, der belangt wird, während der Gläubiger mit dem Hauptschuldner über das Bestehen oder den Betrag der Hauptschuld noch im Streit ist (vrgl. den zweiten Absatz des L.R.S. 2031).

Er kann also, wenn ihn der Gläubiger während der Dauer jenes für seine Verbindlichkeit präjudiziellen Streites belangt, mit der exceptio litis pendentis die Einlassung verweigern.

s. Anmerkung der Redaction in J.B. n. F. X. (1847/48) S. 352. 353. Stempf.

V.

Das Vorzugsrecht des Miterben.

Vrgl. J.B. n. F. XIII. No. LX. S. 458 ff.

Nach L.R.S. 2103 Ziff. 3 und 2109 kommt der Forderung von Gleichstellungsgeldern eines Miterben Vorzugsrecht auf die, den Gegenstand der Erbtheilung bildenden, Liegenschaften zu, welches aber der Wahrung durch einen vom Gläubiger rechtzeitig bewirkten Eintrag zum Grundbuch bedarf.

Nach dem französischen Texte des Art. 2109 („par l'inscription faite à sa diligence") hat der Eintrag zum Pfandbuch zu geschehen.

Bekk, dingl. Rechte §. 21.
§. 61 S. 134, Note *)
S. 140, Note ***)
S. 141, unten.

Das Landrecht dagegen verlangt den Eintrag zum Grundbuch, wie bei dem Vorzugsrechte des Verkäufers; es läßt aber nicht, wie beim Kaufpreis, den Eintrag, welcher durch den die Gleichstellungsgelder schuldenden Miterben bewirkt worden ist, gleich dem durch den forderungsberechtigten Miterben bewirkten gelten, sondern verlangt, daß die Eintragung zum Grundbuch auf des Gläubigers Betrieb geschehe.

Brauers Erläuterungen IV. S. 170 b.
Bekk, dingliche Rechte S. 168.

Auch wenn die Gleichstellungsschuld eines Miterben aus der Form eines Kaufs entsprang, kommt den Forderungsberechtigten das Vorzugsrecht des Verkäufers (L.R.S. 2108) dennoch nicht zu, insofern und eben weil die Verbindlichkeit unter Miterben entstanden ist und besteht.*)

Der Eintrag, welchen der ein Gut übernehmende Miterbe zum Grundbuche bewirkt hat, kann den Miterben, an welchen er Gleichstellungsgelder schuldet, kein Unterpfandsrecht nach L.R.S. 2113 gewähren, weil der Eintrag weder auf ihr Betreiben noch zum Pfandbuch geschehen ist, Unterpfandsrechte aber nur durch den vom Gläubiger bewirkten Eintrag im Pfandbuch gewahrt werden.

Bekk, dingl. Rechte §. 61 S. 141.

Das Vorzugsrecht der Miterben wirkt uneingetragen in 4. Ordnung, L.R.S. 2218 a. 4.

Brauers Erläuterungen IV. zu L.R.S. 2113. β, wo sie den vorrechtlosen Gläubigern mit dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Liegenschaftserlös vorgehen.**)

Dadurch, daß der ein Gut übernehmende Miterbe oder ein Rechtsnachfolger desselben den Eintrag des Erwerbtitels zum Grundbuche unterläßt, wird der Gläubiger, welcher Erbgleichstellungsgeld daraus zu fordern hat, nicht gehindert, auf das im Besitze des Uebernehmers oder seines Rechtsnachfolgers befindliche Gut, beziehungsweise auf den Erlös aus diesem Gute zu greifen, weil es ihm auch in dritter Hand verhaftet bleibt und andererseits ist der Uebernehmer, beziehungsweise der spätere Erwerber des Guts nicht in der Lage, sich gegen solche Gläubiger auf die Unterlassung des Eintrags zu berufen, weil er dann ebensowenig, wie seine Gläubiger im Allgemeinen an seine Stelle berufen wäre, dingliche Ansprüche auf das Gut zu bekämpfen, überhaupt den Erlös aus diesem Gut für sich zu beanspruchen.

L.R.S. 1583 a.
§. 25 II. E.E. Stf.

---

*) Bien mieux, si c'était un tiers qui sa fût rendu adjudicataire, le privilège serait celui du vendeur proprement dit, et serait régi en tout point par les règles qui régissent ce dernier; par conséquent il ne serait pas nécessaire, pour qu'il subsistât comme tel, at qu'il ne dégénérât point en simple droit hypothécaire, en vertu de l'article 2113, de l'inscrire dans les soixante jours de l'adjudication; les copropriétaires vendeurs auraient, pour le faire inscrire, tout le temps accordé au vendeur ordinaire, c'est-à-dire, qu'ils le pourraient tant que l'immeuble serait dans la main de l'adjudicataire ou de son héritier etc.

Duranton T. XIX. No. 182 (édit belge T. X.)

**) Die Gläubiger fünfter Ordnung können aber die in einem solchen Falle unbegründete Ertheilung einer Stelle in dritter Ordnung deßhalb nicht bekämpfen, weil es sie nicht berührt, wenn der jedenfalls ihnen vorgehende Gläubiger vom Gleichstellungsgeld auch noch Anderen vorgesetzt ist, denen er eigentlich nachstehen sollte.

§. 884. 885 Pr.O.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 3.**

I.

Die Börsengeschäfte.

(Annalen XXIII. No. 43, 47, 50 u. 52.)

4) Das Lieferungsgeschäft.

(Fortsetzung.)

Bei dem Zeitkauf kann die Lieferung auf einen bestimmten Tag (fix) oder innerhalb eines gewissen Zeitraums nach der Wahl eines der Contrahenten (täglich) bedungen werden. In dem einen Fall hat die Lieferung an dem bestimmten (firirten), in dem andern an dem Tag zu geschehen, den der Contrahent, welchem die Wahl zusteht, bestimmt hat. Der Verkäufer ist aber, wenn er nicht Zahlungsfrist bewilligt hat, anders nicht als gegen Zahlung des Kaufpreises zu liefern verbunden, A. 1612; gleichwohl wird er bei der Erfüllung den Anfang machen müssen. Es ist üblich, daß er die Papiere nebst Kaufnote, welche ein Nummern-Verzeichniß der verkauften Papiere enthält, dem Käufer zusendet und dagegen den Kaufpreis in Empfang nimmt. Die Kaufnote nebst Nummern-Verzeichniß dient dem Käufer als Rechtstitel für den Fall, wenn etwa eines oder das andere der überlieferten Papiere gestohlen, und der Käufer von einer Vindikation bedroht wäre, oder wenn der frühere Eigenthümer wegen unverschuldeten Verlusts ein Amortisations-Verfahren eingeleitet hätte. Die Handelskammer in Frankfurt hat darum begutachtet, daß der Käufer stets eine solche Nota verlangen könne. Vrgl. Ausgewählte Gutachten der Handelskammer in Frankfurt, herausgegeben von Dr. Malß. Frankfurt 1854 S. 135. An Börsenplätzen, wie z. B. in Frankfurt kommt es häufig vor, daß, wenn der Käufer die zu empfangenden Papiere bereits weiter verkauft hat, er die Papiere nicht selbst in Empfang nimmt, sondern seinen Verkäufer an den neuen Käufer verweist, was man in der Börsensprache „Adressen geben" nennt. Hierbei kann es vorkommen, daß der zweite Kauf, resp. Verkauf zu einem andern Cours, als der erste, statt fand, z. B. ich hätte zehn Stück Berbacher Eisenbahn-Aktien zu 135 per ultimo Dezember gekauft und auf denselben Termin zu 137 verkauft; weiße ich nun meinen Verkäufer an, die Papiere an den neuen Käufer abzuliefern, so würde Jener 2 pCt. mehr erhalten, als ihm gebührt; diese 2 pCt. hat er somit mir zu vergüten. Dieses Verfahren nennt man auch „scontriren." Dasselbe verwickelt sich oft sehr, indem der zweite Käufer abermals weiter und zwar an verschiedene Personen zu verschiedenen Coursen verkauft haben kann; daraus kann eine Verweisung des ersten Verkäufers von Einem an den Andern oder an mehrere Personen erfolgen, alle diese haben wieder unter sich abzurechnen, und die Differenzen zwischen dem Ein- und Verkaufspreis gegenseitig auszugleichen. Man darf aber daraus nicht schließen, daß die in dieser Weise abgewickelten Geschäfte Differenzgeschäfte gewesen seien, vielmehr liegt in dem Scontriren nur eine Erleichterung der Abwicklung einer großen Menge von Geschäften, welche im Laufe eines Monats geschlossen wurden, z. B. ein Banquier in Frankfurt erhält den Auftrag, zehn Stück östreichische Bankaktien per ultimo zu kaufen, und schließt in Folge dessen einen Kauf mit A; später erhält er von einem andern Correspondenten den Auftrag, zehn Stück der nemlichen Papiere per ultimo zu verkaufen, und schließt deßhalb mit B. Am Ende des Monats müßte er von A. empfangen und ihm den Kaufpreis bezahlen; dagegen müßte er an B. liefern und von diesem den Betrag erheben. Statt dessen weißt er den A. an B., welcher empfängt und zahlt; wegen des Unterschieds der beiden Kaufpreise berechnet er sich mit A. Das Scontriren ist übrigens nicht eine Erfindung unserer Zeit, sondern war zum Zweck der Ausgleichung der Zahlungen schon zur

Digitized by Google

Zeit der Blüthe der italienischen Handelsstädte üblich, woher auch der Name stammt. Es wird, wie man aus Thöls Handelsrecht §. 134 ersehen kann, schon in der Wechselordnung von Besançon aus dem Jahr 1622, von Bern aus dem Jahr 1636, von Lyon aus dem Jahr 1667 erwähnt; die größten Summen wurden auf den Messen in einer Versammlung der Meßbesucher mittels Abrechnung ausgeglichen, und noch heute versammeln sich zu bestimmten Zeiten die deutschen Buchhändler in Leipzig, um mit einander abzurechnen. Nach Angabe von Rau, Verwaltungslehre S. 289 sollen in London an Abrechnungstagen zuweilen 20—36 Millionen Pf. Sterling bezahlt werden, ohne daß hiezu mehr als 200,000 Pf. Sterling nothwendig sind; ohne Abrechnung wäre es wohl kaum innerhalb eines Monats möglich, eine so ungeheure Schuldenmasse zu tilgen. In Paris, wo alle Geschäfte in Staatspapieren unter der Verantwortlichkeit der agents de change geschlossen werden, kommen diese an den Liquidationstagen zusammen, um mit einander abzurechnen. Erst wenn diese Abrechnung gepflogen ist, erfolgt die Lieferung, und es kann leicht so kommen, daß durch eine einzige oder mehrere Lieferungen viele hundert Geschäfte abgewickelt und getilgt werden. Uebrigens hat die Frankfurter Handelskammer begutachtet, daß diese Art der Abwicklung der Geschäfte lediglich auf der Convenienz der Parthieen beruhe, daß daher Niemand verpflichtet ist, sich an einen andern weisen zu lassen, vielmehr Jeder darauf bestehen kann, daß sein Käufer selbst beziehe, resp. sein Verkäufer selbst liefere, vergl. die oben angeführten Gutachten S. 137, wie auch schon die Frankfurter Wechselordnung vom Jahr 1732 §. 34 verfügt, daß „die Riscontri, wenn sie nicht mit Approbation der sämmtlichen risconirenden Personen fürgangen, vor ungültig deklariret sein sollen."

Die Zeitkäufe werden, wie alle andere Börsengeschäfte, gewöhnlich durch Mäkler geschlossen; diese behändigen den Parthieen, nachdem das Geschäft abgeschlossen ist, die Schlußzettel, welche wenigstens nach Frankfurter Platzgebrauch als ausreichendes Beweismittel gelten. S. die angeführten Gutachten Seite 77. Unser Handelsgesetzbuch Art. 109 fordert in Uebereinstimmung mit dem Code de commerce, daß die Schlußzettel (borderaux) von den Parthieen unterschrieben seien. Diese Vorschrift wird aber, wie Mollot, Bourses de commerce No. 177 anführt, schon darum in Frankreich nicht beobachtet, weil die agents de change ihre Clienten nicht nennen, und nach ihrer Instruction nicht nennen sollen, weßhalb sie alle Geschäfte unter eigener Verantwortlichkeit abschließen; dem Käufer gegenüber sind sie Verkäufer und umgekehrt, daher werden die Schlußzettel an der Pariser Börse nur von ihnen unterzeichnet. Dagegen sind sie, wie auch unser Gesetzbuch Art. 84 vorschreibt, gehalten, ein paraphirtes Journal (Tagebuch) zu führen, worin sie alle Geschäfte, die sie abschließen, eintragen müssen. Dieselbe Vorschrift besteht auch in Frankfurt, nur werden dort die Bücher nicht paraphirt, Vrgl. die Gutachten von Dr. Malß S. 183.

Außer den Schlußzetteln werden aber nicht selten über Zeitkäufe unter den Contrahenten Briefe gewechselt, welche gewöhnlich nach einem üblichen Formular (s. Bender S. 637) abgefaßt etwa so lauten:

Frankfurt, den . . . . .

Herrn N. N. in . . . . . .

Zufolge Schluß des Sensal (Makler) X. liefern wir Ihnen Ende Dezember d. J. oder auch früher nach Ihrer Wahl (der an einem Ihnen beliebigen Tage) zehn Stück östreichische Bankaktien gegen den zum Cours von . . . . . ausmachenden baaren Betrag und Vergütung der bis zum Bezugstag darauf haftenden Zinsen. Mit Ablauf des 31. Dezember d. J. ist dieses Engagement erloschen.

Unterschrift.

Hierauf antwortet der Andere:

Frankfurt, den

Herrn X. in . . . . . .

Einverstanden mit Ihrem Heutigen beziehe ich von Ihnen Ende Dezember d. J. oder auch früher nach meiner Wahl (oder an einem mir beliebigen Tage) zehn Stück östreichische Bankaktien gegen den zum Cours von . . . . . ausmachenden baaren Betrag und Vergütung der bis zum Bezugstag darauf haftenden Zinsen. Mit Ablauf des 31. Dezember d. J. ist dieses Engagement erloschen.

Unterschrift.

Da es sich hier von einem zweiseitigen Vertrag handelt, so müßte nach Art. 1325 unseres Civilgesetzbuchs darüber ein Vertrag in zwei gleichlautenden Exemplaren ausgefertigt werden; in Handelssachen läßt aber A. 109 des Handelsgesetzbuchs die Correspondenz als Beweismittel zu, und nach Art. 1 ibidem gehört aller Umsatz in Staats- und Handelspapieren zu den Handelsgeschäften, mithin genügen jene Briefe zur Erstellung des Beweises. Ein

Digitized by Google

Eintrag in die Handelsbücher findet zur Zeit des Abschlusses eines Zeitkaufs nicht statt. S. die erwähnten Gutachten S. 83—87. Es hängt dieses mit der ganzen Einrichtung der kaufmännischen Buchführung zusammen, welche nur die Eintragung erledigter Geschäfte zuläßt. Es werden deßhalb über dergleichen Geschäfte besondere Bücher geführt, deren Einrichtung von der Einrichtung der gewöhnlichen Handelsbücher ganz abweicht. In diese erfolgt der Eintrag erst bei der Erledigung des Geschäfts; dem Käufer werden dann die abzuliefernden Papiere gut geschrieben und der Kaufpreis belastet, dem Verkäufer werden umgekehrt die zu liefernden Papiere belastet, und der Kaufpreis gut geschrieben. Uebrigens läßt sich daraus, daß ein Eintrag in die Handelsbücher nicht erfolgt ist, nicht folgern, daß ein bestimmtes Geschäft nicht abgeschlossen wurde, selbst wenn man von der Ansicht ausgeht, daß es hätte eingetragen werden sollen; eben so wenig wie man daraus, daß über einen Vertrag, bei welchem die Gesetze schriftliche Abfassung verlangen, keine Schrift existirt, folgern kann, daß der Vertrag nicht abgeschlossen wurde. Es bestehen z. B. häufig Gesellschaften, ohne schriftlichen Vertrag trotz der Vorschrift des Art 1834; bestehen Handelsgesellschaften ohne die in Art. 42 und ff. vorgeschriebene Veröffentlichung, ja es bestehen sogar unbenannte Gesellschaften ohne Staatserlaubniß, Art. 37 oder ohne öffentliche Urkunde, Art. 40 des Handelsgesetzbuchs. In der französischen Rechtssprache werden diese sociétés de fait genannt, und es wird allgemein anerkannt, daß die rechtlichen Folgen solcher Gesellschaften für die Vergangenheit aufrecht zu erhalten sind, wenn auch die Parthieen für die Zukunft nicht an diese Verträge gebunden sind. Um so mehr wird man Geschäfte, welche in die Handelsbücher hätten eingetragen werden sollen, aber aus irgend einem Grund nicht eingetragen wurden, sei es nun aus Nachlässigkeit, aus Versehen oder weil nach kaufmannischer Ansicht dergleichen Geschäfte nicht eingetragen zu werden pflegen, darum nicht für ungültig oder für nicht geschlossen oder für nicht perfekt ansehen können.

In dem oben angeführten Formular einer über den Abschluß eines Zeitkaufs gewechselten Correspondenz wird die Schluß-Clausel: „Mit Ablauf vom 31. Dezember ist dieses Engagement erloschen" aufgefallen sein; diese Clausel, wörtlich genommen, würde jede klagbare Verbindlichkeit geradezu aufheben. Denn während z. B. der Käufer vor dem 31. Dezember wohl beziehen kann, aber erst an diesem Tag beziehen muß, mithin erst dann, wenn er an diesem Tag nicht bezieht, in Verzug ist, könnte der Verkäufer ihn nicht den andern Tag verklagen, weil mit Ablauf des Tags die Verbindlichkeit erloschen ist; ebensowenig würde der Verkäufer, welchem erst am letzten Tag gekündigt wurde, am folgenden Tag wegen Nichtlieferung verklagt werden können, indem er der Klage die Erlöschung seiner Verbindlichkeit entgegen halten würde. Da nun, mögen die Course gestiegen oder gefallen sein, immer nur Ein Theil bei dem Vollzug des Geschäfts interessirt ist, der andere Theil aber den Nichtvollzug vorziehen würde, so scheint jene Clausel, wörtlich genommen, ganz dazu angethan, einen plausibeln Vorwand, den Vollzug zu verweigern, an die Hand zu geben.

Es leuchtet aber von selbst ein, daß die Parthieen nicht gemeint sein konnten, in dem Vertrag eine Bestimmung aufzunehmen, welche jedem Contrahenten gestatten würde, den Vollzug zu verweigern, wodurch mithin der Vertrag jeden verbindlichen Charakter verloren hätte. In diesem Fall könnte überhaupt nicht von einem Vertrag, sondern höchstens von einer Spielerei (nicht einmal von einem Spiel, denn auch dieses fordert feste Regeln, die nicht von der Willkühr der Spielenden abhängen), die Rede sein. Es ist daher nicht möglich, jene Clausel wörtlich zu nehmen, sie bedarf einer Erklärung. Diese wird von Bender §. 83 (S. 399) dahin gegeben, daß der Vertrag zum Nachtheil desjenigen Contrahenten, der bis zu dem festgesetzten Tag oder an dem festgesetzten Tag den Vertrag nicht erfüllt noch sich zur Erfüllung bereit erklärt hat, erlösche, während er zu Gunsten dessen, der entweder erfüllt oder sich zur Erfüllung bereit erklärt hat, in Kraft bleibe. In diesem Sinn wird diese Clausel auch in einem Gutachten der Handelskammer in Frankfurt aufgefaßt, s. die angeführten Gutachten S. 143. Damit stimmt überein Thöl §. 87. Der Vertrag erlischt sonach zum Nachtheil des Säumigen, d. h. dieser kann nach Ablauf der festgesetzten Zeit oder des bestimmten Tages nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen; dagegen bleibt der Vertrag zu Gunsten des nicht säumigen Contrahenten bestehen, dieser kann die Erfüllung oder Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangen. Es scheint in dieser Clausel nichts Anderes als die bekannte lex commissoria zu liegen, ut si ad diem pecunia soluta non sit, res inempta sit. l. 2. l. 4. l. 5 D. de lege commissoria (18. 3). Nach römischem Recht war die lex commissoria eine Clausel zu Gunsten des Verkäufers

Digitized by Google

und bezog sich auf den Fall, wenn der Käufer in Zahlung des Kaufpreises säumig war, der Verkäufer konnte dann vom Kauf abgehen, wenn er wollte: nam legem commissoriam, si valet, venditor exercebit, non etiam invitus, sagt Ulpianus in l. 3 ibidem. Der Verkäufer war durch den Verzug des Käufers von seiner Verbindlichkeit entbunden, nicht aber der säumige Käufer: dieser mußte vielmehr auf Verlangen des Verkäufers erfüllen.

Das paßt vollständig auf unsere Clausel mit der Erweiterung, daß auch der säumige Verkäufer nach ganz gleichen Grundsätzen behandelt wird: er kann in diesem Fall nicht mehr die Erfüllung, aber der Käufer kann Erfüllung oder wenn er vorzieht, Entschädigung verlangen. Es scheint diese Clausel aus einer sehr begreiflichen Vorsicht entsprungen zu sein. Bei Geschäften in Staatspapieren hängt wegen des täglich wechselnden Preises sehr viel von dem Tag ab, an welchem die Erfüllung geschieht; die Erfüllung, an der ich heute ein großes Interesse habe, kann mir morgen ganz werthlos sein, ja möglicher Weise mich in großen Schaden bringen. Wenn nun ein Contrahent nicht innerhalb der festgesetzten Zeit oder nicht an dem festgesetzten Tag erfüllt hat, wollte aber später erfüllen, so müßte man allerdings schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sagen, der Andre sei nicht verbunden, die spätere Erfüllung anzunehmen, weil diese offenbar nicht vertragsmäßig ist. Thöl §. 87. Da aber im gewöhnlichen Verkehr die genaue Einhaltung der verabredeten Zeit von geringer Erheblichkeit ist, so haben die Gesetzgebungen darin häufig eine gewisse Nachsicht walten lassen; so z. B. bestimmt das französische Gesetzbuch in Art. 1184 daß wegen Nichterfüllung eines Vertrags die Auflösung desselben begehrt werden kann, wobei aber dem Richter verstattet ist, eine Frist zum Vollzug zu setzen. Das würde im Verkehr mit Staatspapieren von den nachtheiligsten Folgen sein; allerdings hat das Gesetzbuch in Art. 1657 eine Ausnahme zu Gunsten des Verkäufers gemacht: dieser darf, wenn er will, von dem Vertrag in dem Fall abgehen, wenn der Käufer nicht zur verabredeten Zeit erfüllt. Diese Bestimmung schützt den Verkäufer, aber nicht den Käufer; diesem kann aber ebensowenig wie jenem zugemuthet werden, eine spätere Erfüllung anzunehmen.

Nach Thibauts Meinung (dessen Pandektenrecht 7. Ausg. §. 103 No. 5), gestattet das römische Recht bei allen Verträgen Jedem der Cotrahenten von dem Vertrage abzugehen, wenn der andere im Verzug ist, l. 135. D. de V.O. (45. 1); aber dieser Vortheil wird theils durch die Zulässigkeit der purgatio morae (Thibaut §. 104), wieder aufgehoben, wiewohl diese bei Verbindlichkeiten, welche auf einen bestimmten Tag oder innerhalb bestimmter Zeit zu erfüllen sind, nach Thibauts Meinung, die aber nicht unbestritten ist, nicht zulässig sein soll, theils gewährt selbst diese Bestimmung keinen ausreichenden Schutz, wenn nicht daneben auch Entschädigung wegen Nichterfüllung begehrt werden kann. In dieser Beziehung scheint selbst die l. commissoria unzureichend, weil sie dem Verkäufer wohl verstattet, bei dem Verzug des Käufers von dem Vertrag abzugehen, nicht aber auch wegen dieses Verzugs Entschädigung zu begehren; eben deßhalb pflegte man schon bei den Römern, wie Ulpian in l. 4 §. 3 D. de lege comm. (18. 3) sagt, der l. commissoria die weitere Clausel beizufügen, daß wenn der Verkäufer, im Fall der mora des Käufers, bei einem Weiterverkauf weniger erlöse, als der Kaufpreis beträgt, der säumige Käufer diesen Schaden ersetzen müsse. Nur diese beiden Clauseln, zusammengenommen, gewähren den Contrahenten einen ausreichenden Schutz, und das ist es gerade, was man mit der in dem angegebenen Formular enthaltenen Schluß-Clausel bezweckt. Es soll nemlich

1) die Verbindlichkeit des Briefschreibers nach Umlauf der in dem Brief festgesetzten Zeit erloschen sein, dagegen
2) die Verbindlichkeit des morosen Contrahenten in voller Kraft bestehen bleiben. Vrgl. Thöl §. 87.

Es soll also nicht, wie bei der l. commissoria, eine Aufhebung oder Auflösung des Kaufs (res inempta sit) eintreten, sondern dieser soll fortbestehen in der Weise, daß der Säumige zur Erfüllung angehalten werden, aber nicht selbst die Erfüllung begehren kann. Allerdings hat man mit dem Art. 1184 des französischen Gesetzbuchs dasselbe bezweckt, aber seine Fassung ist fehlerhaft: indem man die Vertragsauflösung als Folge einer unterstellten (stillschweigenden) Bedingung eintreten läßt, ist man offenbar über das Ziel hinausgegangen, da nach Art. 1183 der Vertrag so aufgelöst wird, als wäre er nie vorhanden gewesen, wodurch das Mißverständniß erzeugt wird, als sei auch die Verbindlichkeit des säumigen Theils aufgehoben, was gewiß nicht im Sinn und in der Absicht des Gesetzes liegt. Zachariä in der vierten Ausgabe seines Civilrechts §. 302 S. 233 erläutert diese gesetzliche Bestimmung dahin, daß der Vertrag für den nicht säumigen Theil nicht weiter verpflichtend sein soll. Der

Digitized by Google

Säumige dagegen ist an den Vertrag gebunden, was daraus hervorgeht, daß der Andere auf Erfüllung oder Entschädigung klagen kann. Wählt er die Erfüllung, so ist ohnedies von Auflösung nicht die Rede; wählt er Entschädigung, so setzt diese nothwendig das Bestehen des Vertrags voraus; denn sie soll wegen Nichterfüllung desselben geleistet werden. Bestünde der Vertrag nicht, so könnte nicht seine Erfüllung, mithin auch keine Entschädigung wegen Nichterfüllung begehrt werden. Es ist darum Art. 1184 nie wörtlich, sondern immer nur so verstanden worden, wie Zachariä ihn auslegt: der Vertrag ist nur zu Gunsten des nicht säumigen Theils aufgelöst, wenn dieser will; dagegen kann der säumige Theil die Auflösung nicht für sich geltend machen, seine Verbindlichkeit besteht nicht allein fort, sondern es ist durch seinen Verzug in der Erfüllung des Vertrags eine neue Verbindlichkeit für ihn erwachsen, nemlich die Entschädigungspflicht.

Der Verzug steht der unrechten Handlung gleich, bildet mithin einen selbstständigen Grund der Verbindlichkeit zur Entschädigung. Art. 1382. Hiernach liegen dem Säumigen zwei selbstständige Verbindlichkeiten ob:

1) die Erfüllung, aus dem eingegangenen Vertrag,

2) die Entschädigung, aus dem Verzug.

Art. 1184 erwähnt dieser Entschädigung wegen verspäteter Erfüllung nicht, was ebenfalls einer Unachtsamkeit bei der Redigirung zuzuschreiben ist; bei dem Kauf wird in Art. 1611 dieser Entschädigung gedacht, allein ebenfalls nur mangelhaft, indem nur der Fall, wenn der Verkäufer zu spät liefert, erwähnt ist. Die Verspätung des Käufers in Zahlung des Kaufpreises fällt allerdings unter die allgemeine Bestimmung des Art. 1153, welcher als Supplement des Art. 1184 betrachtet werden kann. Ohnedies hat man in der Pearis nie daran gezweifelt, daß der Säumige zur Entschädigung wegen verspäteter Erfüllung verpflichtet ist. Um so mehr wird man denjenigen, der gar nicht erfüllt, für entschädigungspflichtig halten müssen; denn ist die Verzögerung in der Vertragserfüllung schon ein Fehler, welcher als unrechte That gilt, so ist die Nichterfüllung ein um so größerer Fehler. Art. 1184 enthält nun die weise Bestimmung, daß bei dem Verzug des einen Contrahenten der Andere die Wahl habe, ob er Erfüllung oder Entschädigung begehren will. Entscheidet er sich für diese, so versteht es sich zunächst von selbst, daß ihm zurückgegeben werden muß, was er zur Erfüllung des Vertrags bereits gegeben hat; wäre dieses nicht der Fall, wie wäre er sonst entschädigt? Man scheint aber gerade um diese Rückforderung des bereits Bezahlten zu begründen für nöthig befunden zu haben, in Art. 1184, die Vertragsauflösung mit der Entschädigung zu verbinden. Durch diese rein theoretische Betrachtung kam man zu sehr mißlichen Consequenzen: Erstens glaubte man nicht der Willkühr der verletzten Partei die Lösung des Vertrags gestatten zu können, und nöthigte sie, zu diesem Zweck richterliche Hülfe zu suchen, sah sich aber doch veranlaßt, in A. 1657 dieses Princip den zwingenden Interessen des Verkehrs theilweise wieder zu opfern. Die Erfahrung hat gelehrt, daß man ohne Nachtheil die Bestimmung des Art. 1657 verallgemeinern kann, wie ja auch das römische Recht, bei dem Verzug des einen Contrahenten dem andern gestattet, vom Vertrag abzugehen.

Eine andere Consequenz dieser aus rein theoretischer Anschauung hervorgegangenen Vertragsauflösung scheint mir aber noch weit exorbitanter: diese Auflösung soll nemlich, gleich einer auflösenden Bedingung den Vertrag mit allen seinen Folgen nicht allein unter den Parthieen, sondern auch dritten Personen gegenüber aufheben, vrgl. Zachariä §. 196 No. 3 S. 426, was aber nur bei unbeweglichen Sachen anwendbar ist, da für Fahrnisse, im Interesse des Verkehrs, der Grundsatz des altdeutschen Rechts: „Hand muß Hand wahren" in Art. 2279 aufrecht erhalten ist. Liegenschaften kehren also in Folge der Auflösung wegen Nichterfüllung frei von den unterdessen darauf gelegten Lasten und Hypotheken an den frühern Eigenthümer zurück (Zachariä ibidem), ja dieser kann sie, wenn sie seitdem etwa weiter verkauft wurden, aus dritter Hand vindiciren. vrgl. code annoté par Gilbert ad A. 1654 No. 37. 38. 39. Man rechtfertigt diese exorbitante Folge allerdings durch den Satz: nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet; dadurch wird aber die Ungerechtigkeit gegen Dritte nicht gut gemacht, Treu und Glauben ist darum nicht minder verletzt, der Verkehr nicht minder gestört. Selbst die Transcription des Rechtstitels soll dawider nicht schützen, Gilbert l. c., wodurch alle Rechtssicherheit aufgehoben wird. Und alles dieses um einer rein theoretischen Betrachtung willen, welche weder auf Wahrheit Anspruch machen kann, noch eine innere Berechtigung für sich hat. Dies geht schon daraus hervor, daß man für Fahrnisse eine Ausnahme gemacht hat. —

Man hat hiernach anerkannt, daß das Interesse des

Digitized by Google

freien Verkehrs höher steht, als die rein theoretische Anschauung. Eben darum durfte man auch einen Schritt weiter gehen, und im Interesse des freien Verkehrs jene Theorie ganz fallen lassen, zumal sie nicht einmal richtig ist. Denn ihr steht der eben so allgemeine Grundsatz entgegen, daß Verträge nur unter den Contrahenten wirken, dritten Personen aber nicht entgegengesetzt werden können. A. 1165. Wenn nun der Vertrag selbst nicht gegen Dritte wirkt, wie kann die Verletzung des Vertrags eine Wirkung gegen Dritte äußern?

Die Verletzung, beziehungsweise Nichterfüllung eines Vertrags kann, gleich der unrechten That, nur persönliche Verpflichtungen zur Folge haben: wer nicht erfüllt, muß entschädigen. Art. 1142. Dies kann aber einen dritten Unbetheiligten nicht berühren. Der Satz: nemo plus juris etc. wird hier falsch angewendet: wenn nemlich Jemand in Erfüllung eines Vertrags das Eigenthum einer Liegenschaft auf den Andern überträgt, ohne die Gegenleistung empfangen zu haben, wenn er sogar die Ueberschreibung im Grundbuch (transcription) vornimmt, so hat er selbst dem Andern die Möglichkeit gegeben, die Liegenschaft mit Hypotheken oder Servituten zu belasten, oder auch sie weiter zu veräußern. Bezüglich der Gegenleistung hat er demselben Vertrauen geschenkt (Credit gegeben); wenn dieser dem Vertrauen nicht entspricht, so müßte er sich nach der altdeutschen Parömie: Wo Du Deinen Glauben gelassen, da mußt Du ihn wieder suchen, lediglich an den Mitcontrahenten halten, zumal die Gesetze ihn noch mittels eines Vorzugsrechts schützen. Art. 2103 No. 1. Dazu kömmt noch die weitere Betrachtung, daß Erfüllung oder Auflösung des Vertrags durch Art. 1184 in seine Wahl gestellt ist. Wählt er Erfüllung, so ist der Dritte nicht gefährdet, wählt er dagegen Auflösung, so soll der Dritte wohl erworbene Rechte verlieren. Diese hängen mithin von seiner Wahl i. e. von seiner Willkühr ab; und das ist doch gleichsam ein rechtloser Zustand. Art. 1184 verdient daher in mehrfacher Beziehung eine Revision.

Kehren wir nach dieser Abschweifung zu unserer Clausel zurück, so bezweckt diese die Verbindlichkeit der Contrahenten auf eine bestimmte Zeit zu beschränken. Innerhalb dieser Zeit muß von dem Mitcontrahenten die Erfüllung der Verbindlichkeit beansprucht worden sein, sonst ist sie erloschen. Da nun aber die Leistung des Einen nur gegen die Leistung des Andern zu geschehen hat, so muß jeder Contrahent, welcher die Leistung des Andern in Anspruch nehmen will, seine Leistung dagegen anbieten, wodurch bewirkt wird, daß immer derjenige Theil, dem an der Erfüllung gelegen ist, mit dieser den Anfang macht und dagegen die Leistung des Andern in Anspruch nimmt. Zögert dieser oder sucht er Ausflüchte, so muß der Andere, um der Erlöschung des Vertrags zu entgehen, beweislich machen, daß er zur rechten Zeit die Erfüllung begehrt und seiner Seits zur Gegenleistung bereit war. Das geschieht durch notarielle Aufforderung zur Erfüllung verbunden mit dem Anerbieten der eigenen Leistung. Bender §. 35 S. 276. Dieser Schriftsteller prüft sodann die Frage, ob hierbei eine Real-Oblation nothwendig oder ein mündliches Anerbieten genügend sei? und kommt zu dem Resultat, daß letzteres genüge; wie auch das Appellationsgericht in Frankfurt und das Oberappellationsgericht der vier freien Städte angenommen und wofür sich Thibaut in dem Archiv für civilistische Praxis Bd. 5 Heft 3 Abth. 1 No. 4 erklärt habe. Anderer Meinung seien aber Pufendorf, Cocceji und A., auch habe das Stadtgericht in Frankfurt bisher regelmäßig Real-Oblation verlangt. Mir scheint die letztere Meinung den Vorzug zu verdienen; denn wenn ich meinen Mitcontrahenten zur Erfüllung auffordere, dieser aber hiezu nur gegen Erfüllung der Gegenleistung verpflichtet ist, so würde der Andere auf meine Aufforderung antworten können: „Ich bin zur Erfüllung bereit, wenn mir dagegen das Kaufobjekt (beziehungsweise die Kaufsumme) behändigt wird."

Kann nun der instrumentirende Notar diese Behändigung nicht vornehmen, so ist nicht derjenige, an welchen das Anerbieten geschah, sondern der Anbietende selbst in Verzug, wenn er nicht sofort eine Real-Oblation durch den Notar vornehmen läßt. Jetzt erst kann sich zeigen, ob der Andere erfüllt; denn jetzt erst ist der Grund für die Verzögerung der Erfüllung hinweg geräumt: er kann die Gegenleistung unmittelbar gegen seine Leistung erhalten. Ein solches Anerbieten allein scheint daher geeignet den Andern in Verzug zu setzen. Ich will übrigens nicht behaupten, daß die Real-Oblation in allen Fällen nothwendig ist, um den Mitcontrahenten in Verzug zu setzen. Wenn es sich von Gegenständen handelt, die nur sehr schwer oder nur mit großen Kosten an Ort und Stelle geschafft werden können, z. B. von einer größern Quantität Waaren, oder wenn diese sich an einem dritten Ort befinden und vertragsmäßig dort in Empfang genommen werden sollen, oder wenn der Empfangnahme ein Zumes-

Digitized by Google

sen, Zuwiegen oder Zuzählen vorausgehen muß, in solchen und ähnlichen Fällen ist eine Real-Oblation theils durch die Natur der Sache ausgeschlossen, theils der Billigkeit und dem Herkommen, welche nach Art. 1135 bei Verträgen maßgebend sind, widerstreitend. Wo dergleichen Umstände aber nicht im Wege stehen, dürfte eine Real-Oblation schon aus Vorsicht anzurathen sein. Hat diese stattgefunden, und wurde daraufhin die Erfüllung verweigert, so ist der Verzug des Nichterfüllenden, sowie die Bereitwilligkeit zur Erfüllung des andern Contrahenten durch den bezüglichen Notariatsakt dargethan.

Vermöge der Schlußclausel ist die Verbindlichkeit dessen, der rechtzeitig alles, was zur Erfüllung nothwendig war, gethan hat, erloschen, dagegen besteht die Verbindlichkeit des Säumigen fort. Dieser kann auf Erfüllung oder auf Schadensersatz belangt werden. Wie der Schaden zu liquidiren, davon später.

Hier drängt sich noch die Frage auf, was Rechtens ist, wenn die Schlußclausel in dem Engagementbrief nicht enthalten ist? Sie wird nemlich, da sie zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben hat, zuweilen weggelassen. Thöl, §. 87, ist der Meinung, daß, wenn eine Zeit zur Erfüllung in dem Vertrag festgesetzt wäre, kein Contrahent eine verspätete Erfüllung anzunehmen braucht, vielmehr unmittelbar auf Schadenersatz (id quod interest) klagen kann; wogegen Bender §. 82 S. 395 — 97 zwar das Recht auf Schadenersatz anerkennt, dagegen auffallender Weise dem Säumigen einräumt, den Vertrag auch später erfüllen zu können. Diese Ansicht macht die Beifügung der Schlußclausel zur unbedingten Nothwendigkeit.

Nach französischem Recht kann der Verkäufer vom Vertrag abgehen, wenn der Käufer nicht in der bedungenen Zeit erfüllt. Art. 1657. Muß aber der Käufer sich eine verspätete Erfüllung gefallen lassen? Das wäre eine ungerechte Zumuthung. Die verspätete Erfüllung ist keine vertragsmäßige, kann daher ebenso zurückgewiesen werden, wie der Gläubiger eine andere Sache, als er zu fordern hat, zurückweisen kann. Art. 1243. Vgl. Blätter für Justiz und Verwaltung I. Bd. S. 352. Sonst bliebe dem Käufer nur übrig, die Auflösung des Kaufs bei Gericht zu begehren. Art. 1184 und 1610. Unabhängig hiervon ist die Frage, ob und welchen Schaden der Nichterfüllende zu ersetzen hat, worüber in einem folgenden Artikel gehandelt werden soll.

Dr. Ladenburg.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Der großh. Fiscus ist berechtigt, die im Jahr 1849 von der revolutionären Gewalt an Privaten dargeliehenen Staatsgelder zurück zu fordern.

Fiscus gegen Heidelberg.

Nach Inhalt der Klage wurde der Stadtgemeinde Heidelberg am 14. Juni 1849 durch den damaligen revolutionären Kriegsminister Siegel ein unverzinsliches Darlehen von 2000 fl. aus Staatsgeldern bewilligt und von der Gemeindekasse auf Decretur des Gemeinderaths auch in Empfang genommen, ohne daß es bisher an den großh. Fiscus zurückbezahlt wuede. Der großh. Fiscus fordert daher die Rückzahlung von der Stadtgemeinde und diese Klage ist begründet. Wie nämlich aus der Anweisung Siegels vom 14. Juni 1849 hervorgeht, hat dieser das Darlehen in seiner Eigenschaft als s. g. Kriegsminister und Namens des Kriegsministeriums vom Staate Baden, also nicht für seine Person, sondern als Vertreter der Staatskasse bewilligt, über welchen er sich im Verein mit den übrigen Theilnehmern am Aufstand die Verfügungsgewalt angemaßt hatte. Er hat daher — zwar nicht für die rechtmäßige Regierung oder den badischen Staat — aber doch für die Staatskasse gehandelt, die er dadurch für das, was sie vorher war, nämlich als Subjekt bestimmter Rechte und Verbindlichkeiten (gleich einer Stiftung) anerkannte und die auch diese Eigenschaft nicht dadurch einbüßen konnte, daß sie vorübergehend der Obergewalt und den Eingriffen der Aufständischen verfallen war, da sie im übrigen in der seitherigen Weise fortverwaltet und verwendet würde. In gleicher Weise hat auch die Stadtgemeinde Heidelberg den Fortbestand der Staatskassen anerkannt, wenn sie das Darlehen von Siegel, als Vertreter derselben, annahm und sich zur Rückzahlung in dieselben verpflichtete.

Es muß daher auch die Staatskasse unter nunmehriger Vertretung der gesetzlichen Behörde berechtigt sein, das in ihrem Namen und aus ihren Mitteln gemachte Darlehen von dem Entleiher zurückzufordern, beziehungsweise die widerrechtliche Geschäftsführung für sich zu genehmigen, da dies aus ihrem Eigenthumsrecht folgt.

Arg. L.R.S. 1375 a. 1998 Abs. 2, 2279 Abs. 2.

Wollte man aber von der Ansicht ausgehen, daß die großh. Staatskassen nach ihrem ganzen Bestand oder doch

Digitized by Google

insichtlich der in eine besondere Kasse (Feldkriegskasse) geflossenen Gelder von den revolutionären Machthabern als geraubt und somit in deren Privatbesitz übergegangen zu betrachten wären, so müßte gleichwohl die Klage als rechtlich begründet erachtet werden. Wird nemlich zu einem Darlehen fremdes Geld verwendet, so konnte schon nach römischem Recht der Eigenthümer dasselbe, wenn es noch vorhanden war, vindiciren, oder wenn es consumirt wurde, je nach dem guten oder bösen Glauben des Entleihers, eine Klage auf Herausgabe des gleichen Betrags oder im Betrag der demselben zugegangenen Bereicherung erheben.

L. 11 §. 20 de rebus creditis (12. 1.)

Thibaut, Pandekten §. 887, Puchta, Pandekten §. 304.

Diese Grundsätze erleiden nach französischem und badischem Recht nur die Modification, daß nach L.R.S. 2279 die Vindikation auf die Fälle der Entwendung oder des Verlierens beschränkt wurde, wenn das Geld noch vorhanden ist, daß aber andernfalls dem Eigenthümer durch L.R.S. 1166 die Befugniß eingeräumt ist, die Darlehensklage Namens des Darleihers auszuüben, der als Entwender ihm Ersatz dafür schuldig ist. L.R.S. 1382 ff. 1362 Abs. 4. Einer gerichtlichen Einweisung des Eigenthümers in dieses Klagrecht bedarf es nicht, weil letzteres als Surrogat der Vindikation zu betrachten ist.

Brauer, Erläuterung Bd. V. §. 887 No. II.

Zachariä, Handbuch I. §. 215 a.

Troplong, du prêt No. 187, Duvergier, du prêt No. 157—159.

Würde daher Siegel und nicht die Staatskasse als Darleiher betrachtet, so wäre der großh. Fiscus als dessen Gläubiger berechtigt, die Darleihensklage zu erheben und es ist der Stadtgemeinde gegenüber gleichgültig, daß Siegel zu dem Darlehen nicht berechtigt war, da sie ihren Titel nicht ändern kann, ohne sich selbst der unrechten That theilhaftig zu machen. Endlich ist es unerheblich, ob das Darlehen unmittelbar aus der Staatskasse oder durch Vermittlung einer besondern daraus gebildeten Hülfs- und Handkasse gegeben wurde, da es genügt, daß das Geld aus der erstern geschöpft wurde. Es kommt daher nur auf den Beweis an, daß die Feldkriegskasse aus Staatsgeldern bestanden hat, und dieser Beweis wurde von dem großh. Fiscus in Folge der Auflage vom 18. Februar v. J. genügend geführt, indem dafür nicht allein die Notorietät, sondern auch die noch vorhandenen beklagterseits anerkannten Rechnungsjournale nebst den Anweisungen und Empfangbescheinigungen sprechen.

Beklagterseits wird nun zwar eingewendet, daß weder mit Siegel noch mit der Staatskasse ein gültiges Darlehen zu Stande gekommen sei, weil solches weder von dem großen Bürgerausschusse noch von der Regierung genehmigt wurde. Dieser Einwand ist nach den Bestimmungen der Gemeindeordnung begründet, aber deßhalb nicht erheblich, weil eine die Stadtgemeinde berührende Geschäftsführung stattgefunden hat.

Es ist nemlich zugestanden, daß der Gemeinderath Namens der Stadt gehandelt und die Stadtkasse das Geld empfangen hat, sie ist daher um die 2000 fl. bereichert, mag auch das Geld nach dem Empfang nicht zu ihrem Besten verwendet worden sein, weil dadurch der Eintritt der Bereicherung nicht gehindert, sondern letzteres nur wieder aufgehoben wurde.

Stabel, Vorträge S. 159—162. L.R.S. 159—162. L.R.S. 1375 a. 1239. 1241. 1312. 1926. l. 27 D. de rebus. cred. (12. 1).

Eine andere Frage wäre es, ob eine Bereicherung nicht dadurch im Voraus gehindert wurde, daß der Darleiher Siegel durch Besetzung der Stadt mit seinen Truppen dieselbe in die Lage versetzte, zu dem Anlehen greifen zu müssen. Allein ein derartiger Einwand ist in der Vernehmlassung auf die Klage nicht erhoben, sondern nur behauptet worden, daß der damalige Gemeinderath das Darlehen zu revolutionären Zwecken verwendet habe.

Dieser Umstand steht aber der Annahme einer Bereicherung nicht im Weg, sondern wäre nur geeignet, eine Entschädigungsklage der Stadtgemeinde gegen ihre damaligen Vertreter zu rechtfertigen.

Es mußte daher die beklagte Stadtgemeinde zum Rückersatz des erhaltenen Darlehens für schuldig erkannt und in die Kosten verfällt werden. Kah.

In A. Bielefeld's Hofbuchhandlung in Karlsruhe ist soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Zusammenstellung
der gegenwärtig geltenden
Gesetze, Verordnungen, Instruktionen und Entscheidungen über das Medizinalwesen
und die Stellung und die Verrichtungen
der Medizinalbeamten und Staatsdiener im Großherzogthum Baden,
bearbeitet von
Dr. E. A. Diez,
Großh. Physicus in Bruchsal.
gr. 8°. schön carton. fl. 5.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 4.**

I.

Fälschung bei Wahlen.

Die Wahlangelegenheit der Stadt Endingen hat durch die Verhandlungen unserer 2. Kammer der Landstände im Winter 1855/56 eine Art Berühmtheit erlangt.

Da nunmehr in dieser Sache durch großh. Hofgericht des Oberrheinkreises ein gerichtliches Urtheil erfolgt ist, unseres Wissens aber trotz der heftigen Wahlkämpfe in früheren Jahren doch nie eine gerichtliche Verfolgung und Aburtheilung wegen Wahlfälschung stattgefunden hat, so dürfte es nicht uninteressant sein, den ganzen Verlauf und das Resultat dieser Angelegenheit in diesen Blättern niederzulegen.

Gegen die am 21. November 1855 in Endingen stattgehabte Ergänzungswahl von Wahlmännern wurde von mehreren Bürgern beim Amte Kenzingen am 29. November folgende Beschwerde eingereicht:

„Am 21. November d. J. fand in hiesiger Stadt die Wahl der Wahlmänner statt, und es kamen bei derselben so große und so viele Verletzungen vor, daß sich die Unterzeichneten genöthigt sehen, hierwegen Beschwerde zu erheben, welche noch rechtzeitig einkommt, da das Resultat der Wahl erst am Sonntag den 25. November Nachmittags verkündet wurde.

Vor Allem müssen wir uns aber gegen die Meinung verwahren, als ob hier Politik im Spiele wäre. Es handelt sich nicht um die politische Farbe der Gewählten oder Wähler: alle Einwohner hiesiger Stadt tragen seit den unheilvollen Jahren 1848 und 1849 nur eine Farbe, das ist die der Treue und Liebe zum Fürsten, des Gehorsams zur Regierung und des Strebens, diese im Wirken für die Wohlfahrt des Vaterlandes nach besten Kräften zu unterstützen. Auf Seite derer, die mit der Wahl unzufrieden sind, stehen die conservativsten Männer der Stadt, wie z. B. Herr Decan St. und Accisor G. ꝛc. ꝛc. die zu allen Zeiten zu den Freunden der Regierung hielten.

Deßhalb wäre es auch an und für sich einerlei, wer zur Wahl eines Deputirten von hier berufen würde, wenn nur nicht so grobe Gesetzesverletzungen vorlägen. Wer immer nur aus hiesiger Stadt mitzuwählen hat, wird nur einem regierungsfreundlichen Manne seine Stimme geben. Allein wir müssen Beschwerde erheben, weil unser Rechtsgefühl und das Drängen der wegen dieser Wahl höchst unzufriedenen Einwohner uns hiezu nöthigt.

Unsere Gründe sind folgende:

1) Als Candidaten der Beschwerdeführer und ihre Anhänger, welche weit aus den (wie man sich aus den Akten über die letzte Ausschußwahl überzeugen kann) wohlhabendsten Theil der hiesigen Einwohner umfaßt, waren aufgestellt: Rechtsanwalt Krebs, Gemeinderath Zink, Jakob Wagenmann.

Vor, während und nach der Wahl war unter den Wählern, selbst unter denen der Gegencandidaten, die feste Ueberzeugung, daß jene drei die meisten Stimmen erhalten, und als das Resultat bekannt gemacht wurde, wonach

Bürgermeister Ganter 267 Stimmen,
Gemeinderath Fleig 203 „
Jakob Wagenmann 203 „

dagegen

Rechtanwalt Krebs nur 149 „ und
Gemeinderath Zink nur 147 „

erhalten hatte, erregte sich allgemeines Mißtrauen und Verlangen nach strenger Prüfung der Sache.

Bürgermeister Ganter verweigerte Prüfung der Wahl-

Digitized by Google

acten, ungeachtet er zu solcher eingeladen hatte, und es blieb nichts übrig, als die Wähler selbst zu fragen.

Es haben sich bereits 212 Wähler erboten, eidlich zu bezeugen, daß sie dem Rechtsanwalt Krebs ihre Stimme als Wahlmann gegeben haben, und es fänden sich noch mehr, wenn nicht die weitere Nachforschung durch das Fahnden der städtischen Polizeidiener auf die Unterschriften unmöglich gemacht wäre; wir schließen eine Liste dieser Wähler an, und überlassen es der Behörde, ob sie nicht Veranlassung findet, wegen Fälschung der Wahl eine Untersuchung einzuleiten.

Diese Vorgänge haben den Wahlmann Jakob Wagenmann veranlaßt, öffentlich zu erklären, daß er die auf ihn gefallene Wahl zurückweisen müsse.

Daß es nicht gesetzlich zuging, liegt auf der Hand und sprechen hiefür noch folgende Gründe:

2) Nach §. 47 der Wahlordnung gehören zur Wahlcommission 2 Urkundspersonen aus der Zahl der 10 Höchstbesteuerten. Hierzu nahm Bürgermeister Ganter den Gemeinderath Heinrich Wagenmann und Engelwirth Baumann, zwei seiner Anhänger. Nach den beim Accisamt gemachten Erhebungen bezahlen aber am meisten Steuern:

1) Jakob Wagenmann,
2) Heinrich Wagenmann ꝛc. ꝛc.

(Engelwirth Baumann ist nicht darunter.)

Hierbei erlauben wir uns die Bemerkung, daß von den 10 zuerst Genannten nur Heinrich Wagenmann auf Seite des Bürgermeisters und seines Anhanges steht.

3) Nach §. 49 der W.O. soll „die Abstimmung in dem Versammlungszimmer der Gemeinde" geschehen. Dieses ist nicht beobachtet worden, sie wurde nicht in dem großen Rathhaussaale, dem Versammlungszimmer der Gemeinde, sondern im Arbeitszimmer des Rathschreibers vorgenommen, welches so eng ist, daß es kaum Platz für die Wahlcommission enthält.

4) Nach §. 53 W.O. soll der Stimmgebende, welcher des Schreibens kundig ist, die Namen der in Vorschlag gebrachten Personen selbst in das Register eintragen und unterschreiben. Diese Vorschrift wurde bei keinem Einzigen derjenigen, die ohne Wahlzettel erschienen, beobachtet. Man ließ die Stimmgeber nur ihre eigenen Namen in das Register eintragen, die Namen der in Vorschlag gebrachten Personen schrieb der Rathschreiber auf die entgegengesetzte Seite und in solcher Unordnung, daß in den meisten Fällen nicht zu ersehen ist, wer sie in Vorschlag gebracht hat.

5) Bei den Personen, die nicht schreiben können, hat statt ihrer nur der Bürgermeister und nicht zugleich eine Urkundsperson unterzeichnet.

6) Nach §. 54 W.O. sollen die übergebenen Wahlzettel mit dem Visir des Commissionsvorstandes und einer Urkundsperson versehen werden. Dieses ist nicht geschehen.

7) Nach §. 54 sollen ferner die Stimmzettel zusammengeheftet und an den beiden Enden das Ortssiegel und das Privatsiegel „einer Urkundsperson" angelegt werden. Nach den Wahlacten wurde nicht das Privatsiegel einer Urkundsperson, sondern das des Bürgermeisters, welcher die Acten in Verwahr hatte, angelegt. Das Gesetz fordert nicht ohne dringenden Grund das Siegel einer nicht auf dem Rathhause wohnenden Urkundsperson.

8) Nach §. 60 W.O. muß den Wählern die Einsicht der Acten gestattet werden. Diese wurde aber von Bürgermeister Ganter den Gemeinderäthen Pfefferle und Zink, welche solche durch Anwalt Krebs vornehmen lassen wollten, verweigert.

9) Der letzte Act der Wahlhandlung ist das Niederlegen des Wahlprotokolls in die Gemeinderegistratur und das Vertilgen der Wahlzettel. Nun hat aber die Commission die Wahlzettel sogleich nach geschehener Abstimmung und vor Bekanntmachung des Resultats verbrannt, ungeachtet solche schon am Tage der Wahlhandlung darauf aufmerksam gemacht wurde, daß dieses nicht gesetzlich sei. Daß aber die Wahlzettel erst nach Bekanntmachung des Resultats vertilgt werden dürfen, dafür sprechen folgende Gründe:

a) Die Wahl ist eine öffentliche und keine geheime, wie dieß aus dem ganzen Wahlgesetze hervorgeht. Man darf und soll wissen, wie Jeder gestimmt hat. Jeder ehrliche und tüchtige Bürger und Beamte muß den Muth haben, seine Ueberzeugung in Beziehung auf die öffentlichen Verhältnisse seiner Mitbürger zur Prüfung vorzulegen, und diese Oeffentlichkeit ist der stärkste Wächter einer würdigen Ausübung öffentlicher Pflichten und der kräftigste Hebel des conservativen Elementes, während die geheime Stimmgebung in allen demokratischen Volksversammlungen und von allen Gegnern der Regierung als für die Wahlen und für die Erreichung demokratischer Zwecke am Nützlichsten empfohlen werden. In den alten wie in den neuen Zeiten kämpften viele Regierungen stets gegen geheime Stimmgebung, und es war dieß besonders in unserm Lande und in unsern Kammern

Digitized by Google

in den 30ger und 40ger Jahren der Fall, wo die Gegner der Regierung gegenüber den Freunden derselben das Vertilgen der Wahlzettel vor ihrer Einsicht vertheidigten. Was damals von der großh. Regierung für gesetzlich und politisch gut gehalten wurde, wird auch jetzt noch als solches gelten, und wir können nicht einsehen, wie eine Wahl eine öffentliche sein kann, wenn die Einsicht der Wahlzettel verweigert wird. Wenn der Grund dieser Verweigerung der ist, daß man nicht wissen soll, wie einzelne gestimmt haben, so müßte das Gesetz jede Einsicht der Wahlacten verbieten, da man bei Solcher auch ersehen kann, wie diejenigen wählen, welche ihre Stimmen mündlich abgeben.

b) Das Gesetz gestattet die Prüfung der Wahlacten. Diese ist aber rein unmöglich, wenn vor solcher die Wahlzettel verbrannt werden. Wie soll man sich z. B. in diesem Falle überzeugen, ob nicht ein Ortsvorstand, wenn er unredlich sein will — und solche kann es gewiß auch geben — die ächten Wahlzettel hinwegnimmt und falsche hineinlegt, wozu ihm die Möglichkeit gegeben ist, wenn er das Gemeindesiegel und sein Privatsiegel anlegt, die Wahlacten in seinem Verwahr behält, das vidit der Urkundspersonen nicht beifügen läßt, bei Erhebung des Resultats blos die Namen der Vorgeschlagenen abliest, und den Zettel den Urkundspersonen nicht zur Einsicht vorlegt.

c) Dafür, daß die Wahlzettel vor der Prüfung nicht verbrannt werden dürfen, spricht auch die Stellung des §. 62; er ist der letzte der Wahlordnung, und nach seinem Inhalte das Niederlegen des Protokolls in die Registratur und das Vertilgen der Wahlzettel die letzte Wahlhandlung, vorzunehmen nach der in §. 60 vorgeschriebenen Bekanntmachung und Prüfung der Acten.

10) Eine weitere Verletzung des Gesetzes ist die, daß der Commissionsvorstand weder bei Abgabe der Wahlzettel noch bei Constatirung des Resultats diese Zettel den Urkundspersonen zur Einsicht vorlegte.

11) Was den Gemeinderath Zink anbelangt, so verhält es sich mit seiner Stimmenzahl gerade so wie mit der des Rechtsanwalts Krebs. Unter der ganzen Bürgerschaft herrscht die Ansicht, daß er wohl die meisten Stimmen erhalten haben wird, und es wird sich dieses ergeben, wenn die Wähler eidlich vernommen werden.

Zum Schlusse bemerken wir, daß der Commissionsvorstand Ganter sich nicht immer an die Bestimmungen der Wahlordnung hielt, und geht dieß namentlich auch aus den Acten über die Ausschußwähler im Jahr 1847 und 1852 hervor.

Wir bitten nun:

1) die Beweise unserer Behauptungen zu erheben, wobei wir aber beantragen müssen, daß die Gemeinderäthe Fleig und Wagenmann und Rathschreiber Kalchthaler eidlich vernommen werden,

2) die vorgenommene Wahl als nichtig aufzuheben und die Vornahme einer neuen anzuordnen.

Endingen, 27. November 1855.

Folgen 10 Unterschriften."

Nach Vernehmung des Wahlcollegiums erließ nun die Administrativbehörde jenes Amtes folgendes Erkenntniß:

„Kenzingen, den 7. Dezember 1855.

Wahlkämpfe, wie sie vor- und nachmärzlich bis gegen Ende des Jahres 1849 waren, können der großh. Regierung nur sehr unwillkommen sein. Wäre daher die Anhänglichkeit der Beschwerdeführer für die hohe Regierung so ausgezeichnet, wie sie glauben machen wollen, so hätten sie folgerichtig ihre Beschwerde nur dann erheben können, wenn aus der Wahlurne Leute hervorgegangen wären, von denen sie unterstellen müßten, daß dieselben der hohen Regierung Verlegenheit bereiten würden. Dieß wagen aber die Beschwerdeführer selbst nicht zu behaupten. Ein Theil derselben äußerte vielmehr bei der am 29. v. M. stattgehabten Bürgermeisterwahl offen und unverholen, sie hätten bei der Wahlmännerwahl nur den Kampf aufgegriffen, um der Regierung ihren Einfluß zu zeigen, und die andere Parthei als ohnmächtig darzustellen. Es handelt sich also in vorliegender Sache nicht um Wahrung eines Rechts, sondern um Rechthaberei, und ob dieß zu begünstigen oder verwerflich sei, wollen wir der Beurtheilung jedes Unbefangenen überlassen.

Was aber die Beschwerde selbst anbelangt, so ist zu bemerken:

ad 1) Auf die immerhin ungesetzlich zusammengebrachte Liste kann keine Rücksicht genommen werden, weil sie weder im Original vorliegt, noch beurtheilt werden kann, wer die Unterzeichnete sind, da weder Stand noch Rang angegeben ist.

Ueberdieß ist bekannt, welche Mißbräuche beim Einsammeln solcher Unterschriften stattfinden, und es wäre selbst — wenn das Orginal vorliege — nicht zu beur-

Digitized by Google

theilen, welchen Glauben diese Schrift verdient, da sie jedenfalls nicht unter Autorität einer gesetzlichen Behörde zu Stande kam, jedenfalls können die Unterzeichner nicht eidlich abgehört werden, weil sie in die unangenehme Lage versetzt würden, sich als Verläumder oder Lügner zu bezeichnen, denn nirgends ist behauptet und nachgewiesen, oder nur entfernt wahrscheinlich gemacht, daß sich die Wahlcommission eine Fälschung erlaubte und so lange das nicht der Fall, muß ihrer Aufnahme voller Glaube beigemessen werden, gleichviel, ob sich die Gegencandidaten getäuscht fühlen oder nicht.

ad 2) Die Commission besteht nach §. 47 aus den da Genannten. Die Urkundspersonen ad 47 ª sind aus der Zahl der hochbesteuerten Bürger des Wahldistricts zu ernennen.

Die Behörde, die dies zu besorgen hat, ist die Gemeindebehörde. Nirgends ist vorgeschrieben, daß sie bei einer andern Stelle sich in der Größe des Steuerkapitals zu verlässigen hat, sondern es ist natürlich, daß sie sich des Steuerregisters bedient, das ihr von der competenten Behörde, der Steuerperäquatur, behändigt wird. Während der Wahl selbst war den Beschwerdeführern die Wahl der Commission selbst bekannt, und wenn sie daher etwas nicht in Ordnung gefunden hätten, so wäre es am Platze gewesen, rechtzeitig auf diesen Mißstand aufmerksam zu machen, was bei den sanguinischen Hoffnungen freilich nicht nöthig schien. Jedenfalls ist gegen die Ehrenhaftigkeit des an der Commission Theil nehmenden Engelwirth Baumann nichts eingewendet.

ad 3) Der §. 49 schreibt allerdings vor, daß die Abstimmung im Versammlungszimmer der Gemeinde geschehen solle. Kein vernünftiger Mensch wird sich hier an den Buchstaben binden, jeder wird sich damit begnügen, wenn die Abstimmung im abgesonderten Zimmer im Gemeindeversammlungshause abgehalten wurde, denn nur das kann der Sinn des Gesetzes sein, damit die Wahlen nicht in zu Parteizwecken geöffneten Wohnungen stattfinden, auch wird wohl Niemand die Wahl desselben beanstanden, wenn z. B. aus Zufall zur Zeit der Wahl im Gemeindeversammlungszimmer gebaut, wenn dasselbe zur Winterszeit ganz unheizbar, oder mit solch mangelhafter Einrichtung versehen ist, daß der Commission ein längerer Aufenthalt unmöglich wäre.

ad 4) Der §. 53 handelt von denjenigen, die gar nicht schreiben können, nicht aber von denjenigen, welche wohl ihren Namen, nicht aber die Namen anderer schreiben können. Die Unterschrift des Inhabers hat daher reellern Werth als die Beurkundung.

ad 5) Des Schreibens ganz unkundig sind die unter 34. 48. 60. 79. 221 und 298 Aufgeführten. Zählt man — abgesehen davon, daß die Unterschrift gehörig beglaubigt ist — die 6 Stimmen ab, so bleiben dennoch die Gewählten an der Spitze, und die Reihe kommt noch lange nicht an die Cicero in eigener Sache.

ad 6) Behauptet die Commission das Gegentheil. *)

ad 7) Der richtigste Moment der Beschwerde ist allerdings dieser. Es soll allerdings nicht der Siegel des Bürgermeisters, sondern der einer Urkundsperson benützt werden. Wenn aber, woran wir nicht zweifeln, die von der Commission angegebene Vorsicht beobachtet wurde, **) so fällt das, abgesehen von der uns bekannten Ehrenhaftigkeit des Commissionsvorstandes, minder gewichtig in die Wagschaale.

ad 8) Wäre die Einsicht der Wahlacten verweigert worden, so konnten die Beschwerdeführer die Gebrechen derselben unmöglich so detaillirt kennen, ihre eigene Angabe straft sie der Lüge.

ad 9) Es wäre für die Beschwerdeführer allerdings von großer Bedeutung gewesen, wenn ihnen die Wahlzettel zur Disposition gelassen worden wären, es wäre für alle Hinkunft dem Terrorismus Thür und Thor geöffnet gewesen, allein die Commission hat in ihrem Rechte gehandelt, da mit der Auflage des Wahlacts und dem Verbrennen der Wahlzettel ihre Funktion zu Ende geht, und ihr nicht zugemuthet werden kann, daß sie während 3 Tagen permanent sein soll, eine Verfahrungsweise, die nur im Jahre 1849 an der Tagesordnung war.

ad 10) Ist von der Wahlcommission widersprochen und nicht erwiesen.

ad 11) Ist keiner Bemerkung werth. —

Die Verfassungsurkunde, und ebensowenig die Wahlordnung drohen wegen Verletzung der Förmlichkeiten irgend einen Nachtheil nicht an, es kommen daher bei Beurtheilung der Beschwerden die gewöhnlichen landrechtlichen Bestimmungen, L.R.S. 6 k—o, in Anwendung, namentlich L.R.S. 6 k. Dieser bestimmt nun, daß es vom Ermessen des

*) Die gerichtliche Untersuchung hat gezeigt, daß nicht bei einem einzigen Zettel die Vorschrift des §. 54 beobachtet wurde. D. E.

**) Daß nemlich eine Urkundsperson das Siegel des Bürgermeisters mit sich nach Hause genommen. D. E.

Digitized by Google

Richters abhängt, ob die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Geschäfts im Ganzen, oder in einzelnen Theilen Einfluß hat oder nicht.

Die Hauptfrage ist nun die, ist die Commission gehörig gebildet und besteht dieselbe aus Männern, von denen zu unterstellen ist, daß sie keine Unterschleife treiben werden. Die zweite ist dann wohl die, ob im Allgemeinen solche Unrichtigkeiten vorgekommen sind, daß sie auf die Wahl wesentlichen Einfluß übten.

Die erste der Fragen müssen wir bejahen. Die zweite aber verneinen. Die Commission besteht aus Ehrenmännern, bei denen man sich zu einer unrichtigen Handlung nicht versehen kann, wie sie sich auch gerade wie weiland 1848 des Zutrauens der Beschwerdenführer nicht zu erfreuen haben, und keine solche Fehler sind vorgekommen, die auf die Wahl selbst Einfluß übten, denn ob die Wahl im kalten Versammlungszimmer oder im anstoßenden vorgenommen wurde, ob 5 Stimmen mit einfachem oder doppeltem vidit versehen waren, während die ganze Commission die Richtigkeit des Actes bestätigt, ob das Siegel einer Privatperson oder des Bürgermeisters benutzt wurde, wenn nur das gebrauchte Siegel in den Händen der Urkundsperson bis zum Wiederbeginn des Actes blieb.

Es ergeht daher unter Voranfendung dessen der

Beschluß.

Wird die gegen den Wahlact erhobene Beschwerde als unbegründet unter Verfällung der Beschwerdeführer in die Kosten verworfen.

Großh. Bezirksamt.
D."

Mit dieser Abfertigung waren nun die Beschwerdeführer nicht zufrieden, sie wandten sich an die Kammer, welche die Beschwerde für begründet erachtete, sie mit empfehlendem Antrage dem großh. Staatsministerium überwieß. Die Wahl wurde auch wegen der formellen Gebrechen und namentlich, weil durch die voreilige Verbrennung der Wahlzettel die Controllirung der Wahl unmöglich gemacht war, von höchster Behörde kassirt.

Nachdem durch einen Regierungscommissär die Voruntersuchung gepflogen, wurde von der höhern Administrativbehörde die Ermächtigung zur gerichtlichen Verfolgung des Wahlcollegiums ertheilt und sofort die Untersuchung von dem zuständigen Gerichte vorgenommen. Das Resultat dieser, wegen Fälschung von Wahlzetteln geführten Untersuchung, in welcher über 400 Personen eidlich einvernommen wurden, ist nun folgendes:

„Urtheil.

J.U S. gegen
Bürgermeister Eduard Ganter von Endingen
wegen Wahlfälschung

wird auf gepflogene Untersuchung zu Recht erkannt:

Bürgermeister Eduard Ganter sei der Fälschung bei der am 21. November v. J. in Endingen stattgehabten Wahlmännerwahl mit Mißbrauch seines Amtes schuldig, deßhalb unter Entlassung von seinem Amte als Bürgermeister, zu einer Kreisgefängnißstrafe von 8 Monaten, sowie zu den Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen, nebstdem aber mit dem Verluste seiner staatsbürgerlichen Rechte der Wahl von Wahlmännern für die Abgeordneten-Kammer und der Wählbarkeit zu dieser auf die Dauer von 8 Jahren zu bestrafen.

V. R. W.

Dessen zur Urkunde ist gegenwärtiges Urtheil nach Verordnung des großh. Bad. Hofgerichts des Oberrheinkreises ausgefertigt und mit dem größern Gerichtsinsiegel versehen worden.

So geschehen Freiburg, den 4. November 1856.

Fetzer. (L. S.) Weber.

Dietz."

Entscheidungsgründe.

Nach dem Ergebniß der in der Gemeinde Endingen am 21. November v. J. vorgenommenen Ersatzwahl für die durch Tod abgegangenen 3 Wahlmänner, wobei 407 stimmfähige Einwohner von Endingen theils mündlich zu Protokoll, theils durch Abgabe von Stimmzetteln ihr Wahlrecht ausgeübt haben, sind folgende 3 Bürger von Endingen mit Stimmenmehrheit gewählt worden:

1) Bürgermeister Eduard Ganter mit 268 Stimmen,
2) Gemeinderath Fleig „ 203 „
3) Sonnenwirth Jak. Wagenmann „ 203 „

Außer den 3 Genannten erhielten noch weitere Stimmen:

4) Gemeinderath Joseph Jerg 160 Stimmen,
5) Rechtsanwalt Joseph Krebs 149 „
6) Gemeinderath Martin Zink 147 „

Auf den Grund einer von 10 Einwohnern erhobenen

Digitized by Google

Beschwerde vom 27. November v. J. wurde diese Wahl durch höchstes Rescript aus großh. Staatsministerium vom 11. Januar d. J. wegen der dabei vorgekommenen Mängel und da durch die voreilige Verbrennung der Wahlzettel den Wählern die Controllirung der Wahl unmöglich gemacht wurde, cassirt.

Zugleich wurde durch Erlaß großherz. Ministeriums des Innern vom 14. Januar d. J. eine dienstpolizeiliche Untersuchung gegen die Mitglieder der Wahlcommission, deren Vorstand Bürgermeister Ganter war, veranlaßt und in Folge dieser durch Erkenntniß großh. Kreisregierung vom 15. Februar d. J. die Genehmigung zur strafgerichtlichen Verfolgung desselben wegen des in §. 714 St.G.B. bezeichneten Verbrechens ertheilt.

Die hierauf gegen Bürgermeister Ganter als Vorstand der Wahlcommission allein eingeleitete gerichtliche Untersuchung hat nun auch das Ergebniß geliefert, daß derselbe bei der am 21. November v. J. in Endingen vorgenommenen Ersatzwahl von Wahlmännern durch Verfälschung, Unterschiebung oder Unterdrückung von Wahlzetteln des ihm zur Last gelegten Vergehens mit Mißbrauch seines Amtes sich schuldig gemacht hat.

Durch die bestimmte eidliche Versicherung der Wähler in Vergleichung mit dem Wahlprotokoll ist nämlich in vollkommene Gewißheit gestellt, daß eine größere Anzahl der von diesen abgegebenen Stimmzettel und zwar etwa 98 eine Veränderung in der Art erlitten haben, daß jeweils Stimmen, welche auf Joseph Krebs, Martin Zink und Jakob Wagenmann gefallen waren, zu Gunsten des Bürgermeisters Ganter oder der Gemeinderäthe Fleig oder Jerg umgeändert, als auf diese lautend in die Zusammenstellung der Stimmen aufgenommen oder auch theilweise ganz unterdrückt worden sind.

Auf solche Weise haben nach Aussage der Urwähler zur Ungebühr erhalten:

I. Bürgermeister Ganter 51 Stimmen,
II. Gemeinderath Fleig 42 „
III. Gemeinderath Jerg 12 „

Dagegen sind auf gleiche Weise Stimmen gegen die Versicherungen der Urwähler entzogen worden:

1) dem Rechtsanwalt Joseph Krebs
   a) wegen formeller Bemängelungen der Stimmzettel: No. 60 und 270,
   b) durch Uebertragung der Stimmen auf Andere, 72 Stimmen.
2) Dem Jakob Wagenmann:
   a) aus einem formellen Grunde No. 60,
   b) durch Uebertragung der Stimmen auf Andere, 11 Stimmen.
3) Dem Martin Zink fehlen endlich ebenso
   a) 18 Stimmen aus formellen Gründen,
   b) 55 durch Uebertragung auf Andere.

Hieraus ergibt sich, daß wenn bei der Zusammenstellung des Resultats der Abstimmung die Stimmen der Urwähler so angenommen worden wären, wie dieselben nach den eidlichen Aussagen der letztern ursprünglich gelautet haben, Rechtsanwalt Krebs, Jakob Wagenmann und Martin Zink als die gewählten Wahlmänner zu betrachten gewesen wären, denn darnach würden:

Rechtsanwalt Krebs statt 149 etwa 220 Stimmen,
Jakob Wagenmann „ 203 „ 215 „
Martin Zink „ 147 „ 220 „

dagegen

Bürgermeister Ganter statt 267 nur 216 Stimmen,
Gemeinderath Fleig „ 203 „ 161 „
Gemeinderath Jerg „ 160 „ 148 „

erhalten haben.

Unter den vorliegenden Umständen kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß das in dem Wahlprotokoll beurkundete Wahlresultat nur durch Abänderung der abgegebenen Stimmzettel, sei dieses durch Fälschung, durch falsches Ablesen, durch Unterschiebung oder Unterdrückung derselben oder durch alle diese Arten zugleich geschehen, hervorgebracht worden ist.

Daß aber zum Theil auch wirkliche Fälschungen der Stimmzettel vorgenommen wurden, dafür sprechen die bestimmten eidlichen Aussagen der bei der Eröffnung der Abstimmung anwesend gewesenen 2 Zeugen, Gendarm Simon und Steueraufseher Kiefer in Endingen, da nach Aussage des Erstern etwa 24—30, nach der des Letztern mindestens 14 Wahlzettel in der Weise abgeändert waren, daß die Namen Krebs und Zink durchgestrichen und dafür Ganter und Fleig geschrieben worden sind.

Damit stimmt das eigene Geständniß des Angeschuldigten insofern überein, als er selbst zugibt, daß es 10 — 14 solcher durchstrichener Wahlzettel gewesen seien, sowie ferner die eidlichen Angaben der Wähler und derjenigen dritten Personen, von denen diese theilweise ihre Wahlzettel erhalten haben, indem diese Personen beinahe ohne Ausnahme versichern, daß die Zettel keinerlei Durchstriche oder Abänderungen enthalten haben.

Digitized by Google

Daß nun aber diese Veränderungen absichtlich geschehen seien, muß hier um so mehr angenommen werden, als ein anderes, der Absicht der Wähler zum größten Theil ganz entgegengesetztes Wahlresultat herbeigeführt worden ist. Dafür, daß der Angeschuldigte Eduard Ganter die hier in Frage stehende Fälschung verübt habe, sprechen nun folgende, die richterliche Ueberzeugung vollständig begründende Umstände:

1) Daß der Angeschuldigte, wie er zugesteht, das größte Interesse daran hatte, selbst Wahlmann zu werden und dieses Interesse auf verschiedene Weise, insbesondere dadurch kund gab, daß er diese Wahl, welche gesetzlich nicht geboten war, ohne Berathung mit dem Gemeinderath, für sich allein anordnete und durch verschiedene, zum Theil ungeeignete Mittel, Stimmen für sich zu gewinnen suchte;

2) daß der Angeschuldigte, obgleich er früher als Rathschreiber schon bei 2 Wahlmännerwahlen mitgewirkt hatte und daher mit den gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten bekannt sein konnte, gleichwohl viele wesentliche Vorschriften verletzte, indem namentlich den Wahlzetteln die Unterschriften des Bürgermeisters und einer Urkundsperson nicht beigesetzt und solche sofort verbrannt wurden, so daß jede spätere Prüfung der Wahl unmöglich war.

Es wurden auch die Urkundspersonen für die Wahl nicht durch den gesammten Gemeinderath bestimmt und dazu solche Personen gewählt, von welchen keine, oder mindestens keine besondere Aufmerksamkeit auf den Wahlact zu erwarten war, wie die Urkundspersonen dieß selbst zugestehen.

Die Controle wurde ferner im höchsten Grade dadurch vermindert, daß am Schlusse der Vormittagssitzung die Wahlzettel gar nicht versiegelt, gleichwohl aber eine unrichtige Beurkundung, als ob dieß stattgefunden hätte, in das Protokoll aufgenommen, am Schlusse der Abendsitzung aber gegen die Vorschrift des §. 54 Abs. 3 der Wahlordnung nicht das Privatsiegel einer Urkundsperson, sondern jenes des Angeschuldigten zur Verschließung verwendet wurde.

3) Daß der Angeschuldigte bei Eröffnung und Zusammenstellung der Stimmzettel ein ganz auffallendes Verfahren dadurch eingehalten hat, daß er angeblich zum Schutze für die Wahlhandlung zwei ganz unberufene Personen als Zeugen beigezogen hat, welchen die Handschrift und Gesinnung der einzelnen Wähler wahrscheinlich nur in geringem Grade bekannt war, dagegen aber den Urkundspersonen weder die Wahlzettel zur Einsicht vorgewiesen, noch sie überhaupt auf ihre Pflichten aufmerksam gemacht, sodann jeweils nur die Nummern der Zettel, nicht auch die Namen der Wähler abgelesen hat, und dabei öfters mit einer Schnelligkeit verfuhr, daß den Anwesenden jede nähere Prüfung der Richtigkeit unmöglich gemacht wurde;

4) daß der Angeschuldigte gegen die Bestimmung des §. 56 Abs. 3 der Wahlordnung den Namen Martin Zink, obgleich nicht wohl Zweifel darüber bestehen konnte, daß damit Gemeinderath Zink gemeint sei, ohne den Wähler darüber zu vernehmen, mit Berufung auf das Gesetz unberücksichtigt gelassen und dieß sogar öfters selbst in Fällen gethan hat, in welchen nach der eidlichen Versicherung der betreffenden Stimmgeber die Bezeichnung „Rath" oder „Gemeinderath" oder „Fruchthändler" ganz deutlich beigesetzt war.

5) Sämmtliche Urkundspersonen haben, wie sie versichern, nach dem Ergebniß der vormittägigen Abstimmung die Ueberzeugung, welche auch Ganter mit ihnen getheilt haben soll, gehabt, daß dieser in der Minorität geblieben sei; durch alle vorgekommenen Veränderungen ist auch dem Angeschuldigten nicht eine einzige Stimme entzogen und in den meisten Fällen der Name Krebs in seinen Namen verwandelt worden.

6) Dazu kommt weiter, daß mit ziemlicher Gewißheit anzunehmen ist, daß der Angeschuldigte zu dem Wahlzimmer selbst noch einen eigenen Schlüssel gehabt hat.

Die beiden Schlossermeister Joseph und Martin Kurrus versichern nämlich eidlich auf das Bestimmteste, daß jeder von ihnen vor etwa 3 Jahren einen Schlüssel zum Wahlzimmer gefertigt habe und nach ihrer Angabe ist der vorhandene Schlüssel, welcher am Wahltage dem Geinderath Fleig zur Verwahrung übergeben wurde, keiner der von ihnen herrührenden Schlüssel.

Die Angabe des Zeugen Joseph Kurrus ist durch das Zeugniß des Rathschreibers Kalchthaler unterstützt, indem dieser nach seiner Versicherung anwesend war, als jener das Schloß von der fraglichen Thüre herunter nahm, um einen Schlüssel für den Bürgermeister zu machen, wogegen die Aussage des Martin Kurrus in dem eigenen Geständniß des Angeschuldigten und in der Gemeinderechnung, worin diese Arbeit eingetragen ist, ihre Bestätigung gefunden hat. Wenn daher der von Martin Kurrus ge-

Digitized by Google

machte Schlüssel, wie der Angeschuldigte und dessen Magd Magdalena Burkhard angeben, auch schon im August v. J. zerbrochen und unbrauchbar geworden war, so wäre doch immer noch der von Schlosser Joseph Kurrus hergerichtete Schlüssel vorhanden gewesen, mit welchem der Angeschuldigte ebenfalls das Wahlzimmer Morgens und Abends des Wahltages ganz unbemerkt und ungehindert hätte öffnen können, da er neben den Geschäftszimmern des Rathhauses seine eigene Wohnung gehabt hat. War aber hiernach dem Angeschuldigten das Betreten des Zimmers möglich, so war dann die Fälschung, beziehungsweise Unterschiebung oder Unterdrückung der Wahlzettel eben so leicht ausführbar. Denn über Mittag war das Paket der Wahlzettel nicht gesiegelt und es liegt Grund zur Annahme vor, daß Ganter die Zwischenzeit vom Schlusse der Vormittagssitzung, in welcher er durch das Wahlergebniß so entrüstet war, daß er ausrief: „wenn es so fortgeht, so hebe ich die Wahl auf" bis zum Beginne der Sitzung am Nachmittag dazu benützte, sowohl Fälschungen als Unterschiebungen von ganz anderen Wahlzetteln vorzunehmen.

Dafür spricht weiter der Umstand, daß nach der mehrfach unterstützten eidlichen Aussage des Jakob Löffler, Bürgermeister Ganter in der Zeit zwischen 12 Uhr und 2 Uhr zur Protokollirung eines abgeschlossenen Viehkaufes nicht zu Hause angetroffen werden konnte, daß vielmehr sämmtliche Geschäftszimmer und Privatzimmer desselben geschlossen waren.

Bringt man damit in Verbindung, daß der Angeschuldigte in der dienstpolizeilichen Voruntersuchung behauptet hat, er habe gleich am Schlusse der Wahl zu Mittag gegessen, sei noch während des Essens von den Gemeinderäthen Biechele und Jerg, seinem Bruder Joseph Ganter und Schlosser Martin Kurrus besucht und durch die Anwesenheit dieser Personen bis zum Beginn der Wahl verhindert gewesen, etwas Unrechtes zu thun, während er in der gerichtlichen Untersuchung sich zu seiner Vertheidigung nicht mehr auf diese Zeugen berufen hat, sondern jetzt angibt, daß er zur fraglichen Zeit im dritten Stocke die Vögel gefüttert habe und auf dem Abtritt gewesen sei, so ist damit die Unterstellung, daß Ganter zu dieser Zeit im Wahlzimmer sich befunden haben könne, hinlänglich gerechtfertigt.

7) Außerdem war ihm jedoch die Möglichkeit gegeben, in der auf den Wahltag gefolgten Nacht die Fälschungen vorzunehmen oder die bereits begonnenen fortzusetzen.

Wenn nämlich auch auf den Grund der Aussagen sämmtlicher Urkundspersonen angenommen werden muß, daß am Wahltage Abends die Wahlzettel in ein Umschlagspapier gelegt, dieses sowohl mit einem Gemeindesiegel, als dem eigenen Privatsiegel, welches der Angeschuldigte, ohne eine Urkundsperson zur Herbeischaffung eines solchen aufzufordern, selbst sofort beigebracht hat, mehrmals gesiegelt worden sei und diese Siegel andern Tags auf Vorzeigen wieder unverletzt befunden worden, so ist doch keineswegs hergestellt, daß das Gepräge der am andern Morgen vorgefundenen Siegelabdrücke gerade von den Abends vorher verwendeten Petschaften hergerührt habe.

Die Benützung des Gemeindesiegels war ohnehin möglich, weil dieses selbst immer im Wahlzimmer belassen und nur das Privatsiegel des Bürgermeisters dem Heinrich Wagenmann zur Aufbewahrung übergeben worden ist.

Was ferner das kleine messingene Privatsiegel, welches der Angeschuldigte später zu Gerichtshanden gegeben hat, anbelangt, so sagt Spitalverwalter Leonhard Ziegler auf Vorzeigen desselben eidlich mit aller Bestimmtheit aus, daß dieses Siegel Abends bei dem Zusiegeln des Packes **nicht** angewendet worden sei, indem das gebrauchte zwar von gleicher Form, aber schwarz, nämlich von Eisen gewesen sei, und daß der Bürgermeister also 2 Privatsiegel gehabt haben müsse.

8) Dazu kommt aber noch, daß Anton Schwehr — wegen seines schlechten Leumunds allerdings ein unzuverlässiger Zeuge — auf der Nachtwache im Rathhause in der Nacht nach der Wahl von der Privatwohnung des Inkulpaten her ungewöhnliche, bald starke, bald schleichende Tritte gehört haben will, daß nach der eidlichen Aussage des Georg Sailnacht, welche durch die seines Vaters Martin Sailnacht, durch das Nachtwachebuch und besonders das Zeugniß des Küfers Johann Schwehr unterstützt wird, der erstere, als er mit dem letztgenannten Zeugen zwischen 10 und 11 Uhr und 1—2 Uhr Patrouille machte, beidemal, sowie auch noch um 3 Uhr, als er nach Hause gegangen sei, an den Fenstern der Kanzlei des Rathschreibers (Wahlzimmer) **Licht** bemerkt habe. (Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schweizer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 5.

I.

Fälschung bei Wahlen.

(Schluß.)

9) Endlich ist noch in Betracht zu ziehen, daß der Angeschuldigte auf die Bemerkung des Gemeinderaths Fleig: „was denn das sei, wenn, wie jetzt allgemein behauptet werde, Fälschungen vorgenommen sein sollten, wer denn das gethan habe," die immerhin auffallende Antwort gab:

„Wer die Fälschungen verübt habe, wisse er nicht; Einer allein kann es ja nicht gethan haben, man solle es ihm beweisen, daß er es gewesen, daß man Nachts Licht gesehen, so daß er es habe nächtlicher Weise thun können."

Hiernach kann an seiner Schuld nicht gezweifelt werden. Diese erstreckt sich nun aber nicht allein auf die Verfälschungen, sondern auch auf die Unterschiebung und Unterdrückung von Wahlzetteln, die bei der Unachtsamkeit der Urkundspersonen selbst sogar während der Wahlhandlung und der Zusammenstellung der Stimmen hat vorgenommen werden können.

Nach allen Umständen der That war aber die Handlung des Angeschuldigten jedenfalls eine betrügliche und rechtswidrige, da sie unter gröblicher Verletzung der gesetzlichen Förmlichkeiten und durch Täuschung verübt worden ist.

Durch dieselbe hat sich der Angeschuldigte nicht nur des in §. 714 Str.G.B. bezeichneten Vergehens der Fälschung bei Wahlen, sondern zugleich, da er sein Amt als öffentlicher Diener, nemlich als Vorstand der Gemeinde, in welcher Eigenschaft er zugleich der gesetzliche Vorstand der Wahlcommission war, um die freie Ausübung des staatsbürgerlichen Wahlrechts zu hindern, aus Parteilichkeit mißbrauchte, des Amtsmißbrauchs schuldig gemacht.

Es mußte deßhalb mit Bezug auf die §§. 657. 659. 703 und 714 des St.G.B. die im Urtheile ausgesprochene Strafe und wegen der Kosten gemäß §. 351 der Str.Pr.O. wie geschehen, erkannt werden.

W.

II.

Entwendung von Urkunden. Betrug. Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht.

§. 459. 450. 452. 430 Str.G.B.

Mathäus Ernst von Ueberlingen, ohne Vermögen und Verdienst, schon früher wegen Diebstahls und Betrugs bestraft, hatte im Monat Januar 1856 für Wirth Mathias Sorg von Waldsteig, Vormund des wegen Geistesschwäche entmündigten Joseph Wetzel von Breitenerlen, die Vormundschaftsrechnung zu ordnen, wozu ihm von Sorg alle auf die Vormundschaft bezüglichen Papiere übergeben wurden, namentlich auch Schuldscheine der Spar- und Leihkasse Sigmaringen für Einlagen des Joseph Wetzel. Nach beendigtem Geschäft gab Ernst dem Sorg die Papiere in einer Couverte zurück, ohne daß dieser den Inhalt der letzteren näher prüfte. Später vermißte Sorg drei von diesen Kassenscheinen, einen über 112 fl., einen über 100 fl. und einen über 50 fl. Sorg behauptet, daß Ernst diese Scheine beseitigt haben müsse, als ihm die Papiere zum ordnen der Vormundschaftsrechnung übergeben worden seien, während Ernst vorgibt, daß er dem Sorg die Papiere zurückgegeben, und die fraglichen Kassenscheine später in dessen Hausgange gefun-

Digitized by Google

den habe, was aber Sorg für eine Unwahrheit und Unmöglichkeit erklärt.

Von den erwähnten Kassenscheinen machte Ernst alsbald dadurch Gebrauch, daß er im Januar und Februar 1856 unter dem falschen Vorgeben, von Joseph Wetzel beauftragt zu sein, und in dessen Namen gegen Hingabe je eines Kassenscheines als Faustpfand bei mehreren Personen Anleihen aufnahm und zwar bei Stiftungsactuar Mayer von Ueberlingen ein solches von 27 fl. 12 kr., bei Joseph Schmidt von dort zuerst ein solches von 6 fl., und dann ein solches von 7 fl. 30 kr, endlich bei Friederich Specht jung von dort ein solches von 13 fl., welches Geld er alles in seinen Nutzen verwendete. Auch überschickte später Ernst dem Stiftungsactuar Mayer eine angeblich von Joseph Wetzel unterzeichnete Quittung über das Darleihen von 27 fl 12 kr. und einen angeblich von Wetzel ge- und unterschriebenen Brief, worin der Empfang von 27 fl. 12 kr. durch Vermittlung des Ernst bescheinigt und zugleich angezeigt ist, daß er, Wetzel, die Quittung auch unterschrieben habe. Beide Urkunden rühren nicht von der Hand des Wetzel her, sondern sind von Ernst selbst gefertigt. Als Stiftungsaktuar Mayer hievon Kenntniß erhielt, machte er dem Bezirksamte Ueberlingen zur Einleitung einer Untersuchung Anzeige. Die zwei andern Darleiher hatten keine Anzeige gemacht. Schon früher hatte Ernst an Joseph Schmidt die zuerst angeliehenen 6 fl. und nach gemachter Anzeige, bevor er aber noch einvernommen war, dem Stiftungsactuar Mayer die 27 fl. 12 kr. zurückbezahlt. Die übrigen Darlehen sind noch nicht zurückbezahlt.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde am 28. Juli 1856 theils wegen Unzulänglichkeit des Beweises, theils wegen Mangels der Anzeige von Seite der Beschädigten die Einstellung des Verfahrens verfügt, Ernst aber in die Untersuchungskosten verurtheilt:

In Erwägung, daß die dem Angeschuldigten zur Last liegende widerrechtliche Wegnahme dreier Sparkassenscheine aus dem Besitz des Mathias Sorg von Waldsteig nicht als ein Diebstahl angesehen werden kann, weil diese Urkunden nicht auf den Inhaber lauten, sondern auf eine bestimmte Person ausgestellt sind, und von der betreffenden Kasse die Auskunft ertheilt ward, daß, wenn auch keine Verpflichtung für sie bestehe, die Legitimation des Präsentanten, namentlich die Identität desselben mit der in dem Scheine bezeichneten Person zu prüfen, dennoch grundsätzlich nur an eine solche Person Zahlung geleistet werde, deren Identität mit der im Scheine genannten unbedenklich sei, oder welche den Schein ausweislich einer öffentlichen Urkunde zu Eigenthum erworben habe, hiernach aber der Angeschuldigte weder durch die Wegnahme, noch durch die pfandweise Hinterlegung der Kassenscheine allein sich einen Gewinn zum Nachtheile ihres rechtmäßigen Eigenthümers verschaffen konnte, und weil ferner nach dem Ergebnisse der Untersuchung nicht hergestellt ist, daß der Angeschuldigte überhaupt beabsichtigt habe, die Scheine dem rechtmäßigen Eigenthümer bleibend zu entziehen, insbesondere etwa sich der Kasse gegenüber für diesen auszugeben, und auf dessen Namen die betreffende Forderungen zu erheben, aus welch' letzterem Grunde die bloße Wegnahme der Scheine auch nicht als Versuch des Betrugs bestraft werden kann. (§§. 376. 378. 450. 458 des Str.G.B.);

in Erwägung, daß es hinsichtlich der Anschuldigung eines von diesen Kassenscheinen gegenüber dritten Personen zum Zwecke der Contrahirung von Darleben gemachten betrüglichen Gebrauches, wenn gleich eine solche Handlung dem Angeschuldigten vermöge seiner Persönlichkeit an und für sich sehr wohl zugetraut werden könnte, dennoch an einem hinreichenden Beweise dafür mangelt, daß er bei Aufnahme des Geldes die Absicht gehabt habe, sich der Rückgabe desselben zu entziehen, mithin sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, und die Darleiher an ihrem Vermögen zu beschädigen, vielmehr eine derartige Unterstellung mit Rücksicht auf die schon vor der gerichtlichen Einvernahme des Angeschuldigten geschehene Heimzahlung des größten Theiles des geliehenenen Geldes hinsichtlich der betreffenden Darlehen thatsächlich widerlegt, unter solchen Umständen und beim Mangel anderweiter zureichender Verdachtsgründe aber auch im Uebrigen nicht mehr gerechtfertigt ist, abgesehen davon, daß die zur Zeit noch unbefriedigten Darlehensgläubiger die zur strafgerichtlichen Verfolgung der Angeschuldigten erforderliche Anzeige nicht erhoben haben (§§. 450. 452. 456 des Str.G.B.);

in Erwägung, daß es ebenso an einem vollständigen Beweise des gleichen Erfordernisses bezüglich der weitern Anschuldigung der zu dem nemlichen Zwecke geschehenen Fertigung und des Gebrauchs einer falschen Quittung und eines falschen Briefes um so mehr gebricht, als gerade dieses betreffende Darlehen auf die bereits angegebene Weise vollständig zurückerstattet worden ist (§. 430 des Str.G.B.);

Digitized by Google

in Erwägung, daß der Angeschuldigte aber immerhin die Verdachtsgründe, durch welche das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren veranlaßt wurde, und welche dazu hinreichend waren, durch eigene rechtswidrige, ihm zur Schuld zuzurechnende Handlungen selbst hervorgerufen hat. (§. 355 Str.Pr.O.)

Hiegegen ergriff die Staatsbehörde das Rechtsmittel der Beschwerdeführung. In der Beschwerdeschrift ist gesagt:

In der widerrechtlichen Zueignung der Kassenscheine, mag sich die Sache so verhalten, wie Sorg, oder so, wie Ernst angibt, liegt nun allerdings nicht das Verbrechen des Diebstahls, wohl aber jenes der Unterdrückung von Urkunden, oder doch jedenfalls das Verbrechen des Betrugs. Vgl. oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VII. S. 80. XIII. S. 377. Annalen XI. S. 209. XVIII. S. 86. 409. XXII. S. 289 ff.

Ebenso ist in der Aufnahme von Darleihen unter dem falschen Vorgeben eines Auftrages von Joseph Wetzel gegen Hingabe der Kassenscheine als Faustpfand, das Verbrechen des Betruges vorhanden. Und es kann hier nicht der §. 452, sondern es muß der §. 450 zur Anwendung kommen. Denn es handelt sich hier nicht um eine Uebervortheilung bei Abschließung eines Vertrages, sondern es hat der Angeschuldigte nur ein Vertragsverhältniß, einen Auftrag von einer dritten Person, vorgespiegelt, um durch Täuschung das Geld zu erhalten. Es liegt also kein Betrug in Vertragsverhältnissen vor und ist deßhalb eine Anzeige zur gerichtlichen Verfolgung nicht nothwendig. §. 456 Str G.B. Abgesehen davon, so hat doch einer der Beschädigten, Stiftungsactuar Mayer, Anzeige gemacht. —

Zudem concurrirt mit dem Betrug eine Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht, indem der Angeschuldigte die Unterschrift des Joseph Wetzel in der Quittung und den angeblich von Wetzel ge- und unterschriebenen Brief selbst gefertiget und dem Mayer übersendet hat. Zwar befand sich der Angeschuldigte damals schon im Besitze des Geldes. Er hat aber von Mayer das Geld nur unter der Bedingung erhalten, die Quittung von Wetzel unterzeichnen zu lassen. Sowohl die Quittung als der Brief wurde vom Angeschuldigten daher offenbar nur gefertiget, um den Betrug zu bemänteln und sich das Darleihen zu erhalten, indem er sich wohl vorstellen konnte, daß, wenn er die Quittung nicht schicke, Mayer sofort das Geld wieder verlangen werde. Und das Verbrechen der Urkundenfälschung wird schon durch den bloßen Gebrauch einer falschen Urkunde verübt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Täuschende den beabsichtigten Gewinn schon erlangt habe oder nicht. §. 423. 430 Str.G.B. An dem Thatbestande des Verbrechens des Betrugs und der Fälschung ändert es nichts, daß der Angeschuldigte den größten Theil des Geldes vor seiner gerichtlichen Einvernahme heimbezahlte. Denn bei diesen beiden Verbrechen ist nicht wie bei der Unterschlagung (§. 400 St.G.B.) nothwendig, daß der Thäter die Absicht gehabt haben muß, die Sache dem Eigenthümer ohne Ersatz zu entziehen, sondern es genügt jeder durch Täuschung bezweckte resp. erlangte unrechtmäßige Gewinn. Oberhofgerichtl. Jahrbücher von 1829 und 1830 S. 197, n. F. XIII. S. 386. Einen unrechtmäßigen Gewinn hat sich aber der Angeschuldigte offenbar durch die Aufnahme von Darleihen auf den Namen eines Andern verschafft, welche er sonst nicht erhalten haben würde. Auch hat der Angeschuldigte dem Stiftungsactuar Mayer das Darleihen erst zurückbezahlt, als dieser von dem Vorfall dem Gericht schon Anzeige gemacht hatte.

Von großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 20. August 1856 die hofgerichtliche Verfügung aufgehoben und die Sache an das Hofgericht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung nach Vorschrift des §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 zurückgewiesen, unter Aussetzung der Entscheidung über die Kosten des von der Staatsbehörde ergriffenen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe.

Der Angeschuldigte hat nach seinem mit dem übrigen Ergebniß der Untersuchung übereinstimmenden Zugeständnisse mehrere auf den Namen des Joseph Wetzel von Breitenerlen ausgestellte Schuldscheine der Sparkasse Sigmaringen ohne Wissen ihres Eigenthümers in Besitz genommen und dieselben mit Erfolg dazu benützt, um dritten Personen gegenüber seinem falschen Vorgeben, als sei er von Wetzel beauftragt, gegen Versatz der Schuldbriefe Anleihen für denselben aufzunehmen, Glauben zu verschaffen, und dadurch von ihnen, angeblich für Wetzel, darlehensweise Geld zu erhalten, das er sofort in seinen eigenen Nutzen verwendete. Mag er auch die von großh. Hofgericht unterstellte, übrigens mit seinem Leumund und seinen Vermögensverhältnissen schwer vereinbarliche Absicht gehabt haben, seiner Zeit das empfangene Geld den Darleihern, und die dann eingelöst werdenden Schuld-

Digitized by Google

briefe ihrem rechtmäßigen Eigenthümer wieder rückzuerstatten, so liegt dennoch in seiner Handlungsweise ein Betrug, weil er jedenfalls durch sein falsches Vorbringen sich selbst einen unrechtmäßigen Gewinn (Geldmittel für seine Bedürfnisse, welche er auf andere Weise nicht erhalten haben würde) verschafft, andererseits aber auch die Darleiher zu einer ihr Vermögen beschädigenden Handlung, nämlich zur Hingabe der Darleihen an einen zu deren Annahme nicht legitimirten Empfänger und gegen eine nur vermeintliche, aber überall nicht existirende Sicherheit veranlaßt hat, während sie bei Kenntniß des wahren Sachverhalts dem Angeschuldigten die Darleihen nicht ausgefolgt haben würden, die ihnen nicht zur rechten Zeit und theilweise noch gar nicht rückerstattet worden sind. Ist aber hiernach jedenfalls festgestellt, daß in der Handlungsweise des Angeschuldigten, wie er sie selbst zugestanden hat, alle Merkmale eines Betrugs im Sinne des §. 450 des Str.G.B. vorhanden sind, welcher — weil er nicht den §§. 452 und 456 des Str.G. zu unterstellen ist — von Amtswegen zu untersuchen, übrigens auch, soweit er gegen Stiftungsactuar Mayer geübt wurde, von diesem selbst zur gerichtlichen Cognition gebracht worden war — so erscheint schon darum die gegen die Einstellung des strafgerichtlichen Einschreitens gegen den Angeschuldigten erhobene Beschwerde der großh. Staatsbehörde und damit die Zurückweisung der Untersuchung an das großh. Hofgericht des Seekreises zur weiteren Prüfung und Aburtheilung in der durch §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 gebotenen Gerichtsbesetzung gerechtfertigt, wobei dem neu urtheilenden hofgerichtlichen Senate die Entscheidung auch der weiter noch von der großh. Staatsbehörde angeregten Fragen überlassen werden muß, in wie weit mit dem Betruge des Angeschuldigten auch noch das Verbrechen der Entwendung, Unterschlagung oder Unterdrückung von Schuldurkunden und das Verbrechen der Fälschung concurriren.

Aus diesen Gründen wurde erkannt, wie geschehen. Am 3. November v. J. fand die öffentliche mündliche Schlußverhandlung beim Hofgericht des Seekreises statt, und wurde Mathäus Ernst der Entwendung dreier Sparkassenschrine, und damit eines gemeinen, den Betrag von 25 fl. nicht übersteigenden Diebstahls, ferner des Betrugs und der Fälschung zweier Privaturkunden aus Gewinnsucht für schuldig erklärt und in eine Kreisgefängnißstrafe, sowie in eine Geldstrafe verfällt.

Das Hofgericht trat im Allgemeinen obiger Ausführung der Staatsbehörde bei, nur erblickte dasselbe in der Hinwegnahme der Kassenscheine nicht das Verbrechen der Unterdrückung von Urkunden, sondern jenes eines Diebstahls. In dieser Beziehung hat die Staatsbehörde gegen das hofgerichtliche Urtheil den Rekurs ergriffen, dessen Erfolg seiner Zeit mitgetheilt werden wird.

Haager.

III.

Die unehelichen Kinder eines Vaters, welche, obschon sie ungiltig von diesem und dessen Ehefrau im Ehevertrage adoptirt worden sind, nach dem Tode der Letzteren über deren Verlassenschaft mit ihrem Vater und Vormunde einen Theilungsvertrag abgeschlossen, und dadurch eine Forderung an ihn erlangt haben, genießen der Ungültigkeit der Adoption und des Irrthums des Vaters über seine Verpflichtung zur Theilung ungeachtet das gesetzliche Unterpfandsrecht für diese Forderung an dem Vermögen ihres Vormundes, bis zur Beseitigung des Theilungsvertrags.

Die Gläubiger des Vormundes können diesen Theilungsvertrag, wenn sie nach dem Abschlusse desselben eine Pfandforderung erlangt haben, weder auf den Grund des L.R.S. 1167, noch auf den des S. 1166 anfechten.

Der Anfechtungsklage, welche der Gläubiger legitimirt durch den S. 1166 anstellt, wird der dem Schuldner entgegenstehende Ablauf der Frist des L.R.S. 1304 auch dann mit Grund entgegengehalten, wenn der Gläubiger erst kurz vorher von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hatte. 1304. Abs. 2.

Schnurr gegen Geiser.

Johann Geiser, der Schuldner des Klägers stand in erster Ehe mit Luise Merkel von Forbach.

Bevor er diese Ehe einging, hatte er mit der ledigen Johanna Reichelsperger zwei Knaben Anton und Johann gezeugt. In dem Ehevertrag, den Joh. Geiser

Digitized by Google

am 5. Juli 1841 mit Luise Merkel abschloß, „erkannte er die beiden Knaben an" und „die Brautleute — heißt es in dem §. 1 dieses Vertrages weiter, — „adoptiren solche in der Art, daß sie ihnen alle Rechte eines während der Ehe erzeugten Kindes einräumen." Schon ein und ein halbes Jahr darauf starb die Luise Geiser geb. Merkel. Obschon nun die beiden unehelichen Kinder weder durch Blutsverwandtschaft erbberechtigt an dem Nachlasse der ersten Ehefrau ihres Vaters waren, noch ihnen aus der nach den Vorschriften des Gesetzes — L.R.S 345 und ff. — in keiner Weise giltigen Adoption Erbrechte erwachsen konnten, so wurde gleichwohl, wie wenn dieses der Fall wäre, nach dem Tode der Merkel ein Theilungsvertrag zwischen deren Wittwer und den beiden ungiltig adoptirten Kindern, den jetzigen Beklagten, abgeschlossen. In diesem übernahm der Wittwer das ganze Vermögen zu Eigenthum, die Schulden zur Zahlung, und versprach dagegen seinen Kindern, den angeblichen Erben seiner verstorbenen Ehefrau, ihren Erbantheil in der Form eines sogenannten Erbgleichstellungsgeldes im Betrage von 623 fl. 16 kr. zu bezahlen, womit sich deren Pfleger einverstanden erklärte. Erst einige Jahre nachher gab der Kläger J. Schnurr dem Johann Geiser ein zu 5 pCt. verzinsliches Darlehen von 200 fl. gegen unterpfändliche Versicherung.

Als der Darleiher um Rückzahlung dieses Darlehens zu erwirken, sich genöthigt sah, außer der Fahrnißversteigerung, welche ihm nur einen Betrag von 68 fl. erbrachte, auch Liegenschaftsversteigerung gegen Johann Geiser zu erwirken, meldete derselbe in seiner Eigenschaft als Vormund der noch minderjährigen Beklagten bei dem Vollstreckungsbeamten deren Gleichstellungsgeldforderung an und begehrte hiefür auf den Grund des L.R.S. 2121 Abs. 3. 2135[1] ein dem Kläger vorgehendes Unterpfandsrecht auf die zur Versteigerung kommenden Liegenschaften. In der Verweisung setzte auch der Vollstreckungsbeamte diese Forderung der noch 158 fl. 59 kr. nebst Zinsen beträgenden Restforderung des Schnurr vor.

Nun erhob Schnurr eine s. g. „Einsprachsklage" auf Berichtigung der Verweisung gegen die beiden Geiser'schen Kinder dahin, daß seine Forderung jener der Beklagten an Johann Geiser vorgesetzt werde. Er hob in dieser Klage namentlich die Ungiltigkeit der Adoption hervor, und daß die beiden Beklagten, welche keine leiblichen Kinder der Ehefrau des Johann Geiser waren, auch kein Recht auf deren Hinterlassenschaft haben erlangen können. Auch der Unterrichter ging von der Ansicht aus, daß die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Adoption entscheidend sei, und gelangte auf diesem Wege dahin, daß die Verweisung nach dem Klageantrag abzuändern sei. Auf die von den Beklagten ergriffene Appellation änderte das mittelrheinische Hofgericht das amtliche Urtheil dahin ab, daß die Klage abzuweisen sei, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Kläger suchte seinem Anspruche nur dadurch Eingang zu verschaffen, daß er die Ungiltigkeit der Adoption und den Mangel jedes gesetzlichen Erbrechtes der Beklagten an der Verlassenschaft der Luise Geiser geb. Merkel hervorhob, und daraus folgerte, daß sie mit Recht eine Forderung an ihren Vater gar nicht zu machen hatten, daher auch eine solche mit stillschweigendem Unterpfandsrechte, welches dem Tag der Entstehung nach dem klägerischen bedungenen Unterpfandsrechte vorgehe, bei der Vorweisung gar nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Die Adoption, oder gar ein gesetzliches Erbrecht ist aber nicht der letzte und eigentliche Grund, auf welchen die Forderung der Beklagten an ihren Vater beruht. Dieser ist vielmehr der Theilungsvertrag, welchen derselbe mit seinen Kindern, den jetzigen Beklagten, am 20. Februar 1843 abschloß. Solange nun dieser Theilungsvertrag zwischen den Contrahenten zu Recht besteht, solange existirt auch die daraus den Beklagten erwachsene Forderung und es kann nach Ansicht des L.R.S. 2121[3]. 2135[1] keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe mit stillschweigend wirkendem, gesetzlichem, vom Tage der Entstehung der Forderung beginnendem Unterpfandsrechte bekleidet ist. Solange daher dieser Theilungsvertrag existirt, muß auch die von der Unterstellung einer mit gesetzlichem Unterpfandsrechte gesicherten Forderung der Beklagten an ihren Vormund ausgehende, ganz dem Gesetze entsprechende Verweisung zu Recht bestehen. Sache des Klägers wäre es daher gewesen, wollte er in der Verweisung den Beklagten vorgehen, den Theilungsvertrag aus dem Wege zu räumen. Dieß hat er nicht gethan, und in der Appellationsvernehmlassung es auch ausdrücklich erklärt, daß seine Klage gegen den Theilungsvertrag nicht gerichtet sei. Schon aus diesem Grunde mußte daher die Klage abgewiesen werden.

Wollte man aber auch annehmen, daß, weil die Klage die Ungesetzlichkeit der Adoption und die darauf basirende Verweisung zum Gegenstand ihres Angriffes

Digitized by Google

mache, es ſich von ſelbſt verſtehe, daß auch der Theilungsvertrag — obſchon davon nirgends etwas geſagt, und am wenigſten dahin das Klagegeſuch gerichtet iſt — für nichtig erklären zu laſſen, die Abſicht der Klage geweſen ſei, ſo hätte ſie gleichwohl verworfen werden müſſen, wie ſich aus Folgendem ergeben wird:

1) Auf den Grund des L.R.S. 1167 konnte der Kläger den Theilungsvertrag nicht anfechten. Denn derſelbe war weit früher abgeſchloſſen, als das Darlehen von dem Kläger gegeben worden war. Es kann daher nicht die Rede davon ſein, daß der Theilungsvertrag zum Abbruche der Rechte des Klägers und Gläubigers des Joh. Geiſer abgeſchloſſen worden iſt, wobei die Frage ganz unberührt bleiben ſoll, ob hier die Klagefriſt des L.R.S. 1167a noch laufe.

2) Wollte man annehmen, der Kläger fechte den Theilungsvertrag auf den Grund des L.R.S. 1166 an, ſo ſteht ihm ein doppelter Einwand entgegen, ganz abgeſehen davon, ob denn Joh. Geiſer, dem ein Recht auf die Hinterlaſſenſchaft ſeiner Ehefrau überhaupt nicht zuſteht, befugt iſt, ſeinen Kindern, welche durch den Theilungsvertrag dieſe Hinterlaſſenſchaft in Geſtalt einer Forderung an ihren Vater erhalten haben, dieſe Erbſchaft ſtreitig zu machen:

a) Den beiden Beklagten ſteht ein Erbrecht irgend einer Art auf die Verlaſſenſchaft der erſten Ehefrau des Joh. Geiſer nicht zu. Wenn nun dieſer und die beiden Beklagten von der Anſicht ausgingen, daß Letzteren gleichwohl ein ſolches Erbrecht zuſtehe, weil ſie die Adoptivkinder der verſtorbenen Luiſe Merkel, Ehefrau Geiſer, ſeien, ſo befanden ſie ſich in einem Irrthume über die Geſetzlichkeit der Adoption und nur dieſer Irrthum, in welchem ſich der Joh. Geiſer für ſchuldig hielt, die Verlaſſenſchaft der Luiſe Merkel den Beklagten herauszugeben, hat ſeine, des Joh. Geiſer Einwilligung zu dieſem Theilungsvertrage hervorgerufen. Der Irrthum daher iſt auch allein der Grund, auf welchen hin die Anfechtungsklage durch Joh. Geiſer, beziehungsweiſe durch ſeinen Gläubiger, den Kläger, an ſeiner Stelle hätte angeſtellt werden können. L.R.S. 1161. 1110. Allein dieſer Irrthum iſt ein Rechtsirrthum, ſomit ein ſelbſtverſchuldeter, da jeder Staatsbürger die Geſetze kennen ſoll Ein Irrthum dieſer Art ſchadet aber im Gewinn und Verluſt und iſt nicht geeignet, einen Vertrag zu entkräften. L.R.S. 1110a. 1b.

b) Die Klage kann aber auch nicht mehr angeſtellt werden, weil nach L.R.S. 1304 eine Klage auf Vernichtung oder Umſtoßung eines Vertrags nur 10 Jahre dauert. Der angefochtene Vertrag wurde aber bereits im Jahr 1843 abgeſchloſſen.

Die erſt im Laufe dieſes Jahres erhobene Klage iſt daher nicht innerhalb dieſer 10jährigen Klagefriſt angeſtellt worden.

Man könnte zwar einwenden, daß, da nach L.R.S. 1304 Abſ. 2 dieſe Klagefriſt erſt von dem Tage der Entdeckung des Irrthums an läuft, für den Kläger, der von dem Theilungsvertrage erſt durch die Verweiſung des Notars Kenntniß erhielt, die Friſt nicht umlaufen ſei.

Allein aus eigenem Rechte könnte der Kläger den Theilungsvertrag ja in keiner Weiſe anfechten; wenn er dies aber auf den Grund des L.R.S. 1166 thut, nämlich in ſeiner Eigenſchaft als Gläubiger des Schuldners, der deſſen Rechte den Beklagten gegenüber geltend macht, dann kann er auch nur unter allen jenen Vorausſetzungen klagen, unter welchen es ſeinem Schuldner rechtlich möglich geweſen wäre, zu klagen. Für dieſen aber müßte bei Berechnung der Friſt der Tag des Vertragsabſchluſſes maßgebend ſein.

Hiernach iſt es gewiß, daß die Klage, ſelbſt wenn ſie auf Vernichtung des Theilungsvertrages ausdrücklich angeſtellt worden wäre, hätte abgewieſen werden müſſen.

Ottendorff.

IV.

Das neue Handelsgeſetzbuch. *)

Der Entwurf des neuen Handelsgeſetzbuchs enthält manche Verbeſſerungen, wie ſie lange gewünſcht, auch von hier öfters beantragt und in dem Code de Commerce ſeit 18 Jahren in Frankreich eingeführt worden ſind. Beſondern Werth gewinnt das neue Werk dadurch, daß es für den ganzen Staat Rechtseinheit ſchaffen und

*) Dieſer aus einem rheiniſchen Blatte entlehnte Artikel dürfte den Anſtoß zu weiteren Beurtheilungen obigen Entwurfs in unſeren Blättern geben, da Baden hiebei nicht minder betheiligt iſt, als andere deutſche Staaten.

D. R.

Digitized by Google

daß es als Grundlage des Handelsrechts für ganz Deutschland dienen soll.

Die Befriedigung schwindet jedoch, wenn man am Schlusse sieht, wie das Gesetz gehandhabt werden soll. Nach §. 1037/43 soll der Vorsitzende des Gerichts ein Jurist sein, den der Staat anstellt, die übrigen Richter sollen der Mehrzahl nach Kaufleute, die Wähler der letztern sollen die bestätigten Mitglieder der Handelskammer und die übrigen von der Bezirksregierung ernannten Kaufleute sein. Die Wahl wird, statt durch einen der Wähler, von einem Regierungs-Commissar geleitet; die Richter werden auf 4, statt auf 2 Jahre gewählt, und können gleich, nicht erst nach einer Pause von einem Jahr, wieder gewählt werden. Die Zahl der Wähler ist eine sehr kleine. — Es bliebe somit nur eine Scheinwahl; in Wirklichkeit würden die Richter ernannt, würden, gegen die weise Absicht unseres jetzigen Rechts, fast stehende Beamte, und der jedenfalls permanente, einflußreichste, der Präsident, stünde ganz im Dienste und Solde des Staates. — Alles dies steht im schroffen Widerspruche mit dem Geiste des rheinischen Rechts und ändert den Charakter der Handelsgerichte aufs Allerbedenklichste. — Es sollen nämlich diese Richter laut §. 1069/70 von positiven Beweisregeln entbunden werden und auch Schadenersatz nach freiem Ermessen bestimmen.

Solche Macht aber kann nur einem Gerichte anvertraut werden, das ganz aus der freien Wahl der Genossen hervorgegangen ist. — Darin stimmen alte und neue, deutsche und französische Autoren überein.

Vor 100 Jahren schrieb der conservative Staatsmann Justus Möser, um die äußerste Tragweite zu schildern: „Die gefährlichste Wendung, welche wir zu befürchten „haben, ist nur diese, daß Ungenossen-Richtern die Macht „gegeben wird, welche vordem die Genossen hatten. Wenn „diesen erlaubt wird, nach dem gewöhnlichen Ausdrucke, „mit Hintansetzung unnöthiger Formalitäten, namentlich „mit Hintansetzung der objektiven Beweisregeln, zu entscheiden, wenn diese von dem dürren Buchstaben der „Gesetze auch nur ein Haar breit abweichen dürfen, so „beruht Freiheit und Eigenthum einzig und allein auf „der Gnade des Landherrn, so kann er solche Leute „zu Richtern vorschreiben, die in dem Lande, wo sie „nach ihrer Weisheit und Billigkeit verfahren sollen, nichts „Eigenes haben und Keinem Genoß sind." —

Zwei unserer Zeitgenossen, wohl die ausgezeichnetesten Juristen im Handelsrechte, Mitarbeiter an der Denkschrift, welche seiner Zeit dem Reichs-Ministerium über ein deutsches Handelsgesetzbuch eingereicht wurde, sagen darin, daß, weil Kaufleute das Gesetz in Anwendung zu bringen haben, die Befreiung des Richters von positiven Beweisregeln nöthig sei. — Diese Männer sind also dafür, daß das Handelsrecht nur von Kaufleuten angewendet und daß diese nur von positiven Beweisregeln zu entbinden sind. —

Der Appellationsrath Schlink sagt in seinem Commentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, Cap. XVII.: „Sowohl die der Revolution vorausgegangenen Gesetze über die Handelsgerichte, als die Gesetze von 1790 und die Art. 615—629 stimmen darin überein, daß die Handelsgerichte lediglich aus Kaufleuten bestehen und die Richter auf kurze Zeit von ihren Standesgenossen gewählt werden sollen. Alle Bedenklichkeiten wurden dadurch beseitigt, daß verhältnißmäßig weniger Urtheile des Handelsgerichts vom Appellhofe reformirt wurden, als dies bei denen der Civil-Tribunale der Fall ist."

Ferner heißt es dort: „Wollte man die Handelsgerichte theilweise aus Juristen, theilweise aus Kaufleuten besetzen, so würde eine nachtheilige Disharmonie erwachsen. Bei schwierigen Rechtsfällen würden ohnehin die Parteien Rechtsgelehrte als Beistand wählen, und legte man den Handelsrichtern noch die Jurisprudenz über die Streitfrage vor, so hätten sie nur unter zwei Systemen eines zu wählen, und bei dieser Auswahl möchten sich die Handelsgerichte nicht häufiger irren, als Civil-Tribunale." —

Weiter wird erwähnt, daß sogar schon öfters die Rede davon war, auch die höhere Instanz aus Kaufleuten zu bilden. —

Gleiche Ansichten französischer Juristen ersten Ranges finden sich in folgenden Auszügen:

„Locré, Tome XII.: L'article 623 du Code ne „veut pas, que le même homme soit appelé au siège „par deux élections successives: si ce n'est après une „année d'intervalle, disposition prévoyante, qui sert à „conserver aux tribunaux de commerce le caractère, „qui leur est propre. Les juges n'y sont en effet, et „n'y doivent être autre chose, que de pairs appelés „temporairement à décider les contestations de leurs „pairs. L'institution serait altérée, si la permanence „des mêmes hommes sur le siège disposerait le public,

Digitized by Google

„à confondre leurs fonctions avec les magistratures „civiles." —

„Carré, Part. II. Liv. III. Tit. IV.: Si les commerçants manquent d'expérience et de connaissances suffisantes dans certaines matières en droit, les juges civils manquent d'experience dans les affaires commerciales: étrangers aux usages du commerce, ainsi qu'à ses operations, ils seraient sujets à se tromper, n'ayant aucune rélation avec les commerçans, ils seraient moins propres, à juger de la bonne ou mauvaise foi des parties."

„Nicodéme, Exercice des commerçans, page 158: Il serait plus facile à un habil-consul (Juge de commerce) de devenir bon avocat, qu'il ne serait à un bon avocat, de devenir habil-consul. Un habil-consul a la clef des lois, tandis qu'un avocat n'a pas la clef du commerce.

Die höchste Anerkennung, welche den Handelsgerichten widerfahren konnte, war das in Frankreich 1840 erlassene Gesetz, wonach die Summe, worüber dieselben in letzter Instanz erkennen, von Fcs. 1000 auf Fcs. 1500 erhöht und in dem Exposé des motifs à la Chambre des Pairs gesagt wurde:

„C'est au reste un dévoir pour l'administration, de déclarer, que la jurisdiction consulaire, même appreciée dans son ensemble, doit faire naitre moins de défiance, qu'on ne le suppose, et que ses jugements ne sont pas réformés en plus grand nombre que ceux des tribunaux civils." —

Unangetastet bestehen die Handelsgerichte seit Napoleon I. heute noch selbst unter Napoleon III., im absolutistischen Frankreich wie im freien Belgien und in den Rheinlanden zu allgemeiner Zufriedenheit. Noch am 1. Oktober, bei Eröffnung des letzten Justizjahres spendete ihnen der Herr General-Prokurator beim rheinischen Appellationshofe in Köln sein Lob wie jedes Jahr.

Wenn also die von dem k. Ministerium ausgewählten, nach Berlin berufenen Sachverständigen nicht die ungeschwächte Erhaltung, respektive Einführung der Handelsgerichte vertheidigt haben sollten, so wird das hoffentlich von den Männern geschehen, welche sich zur Beurtheilung des Entwurfs in Nürnberg am 15. Januar versammelt haben. Denn, warum diese Neuerungen bei einem Institut, das sich so bewährt hat! — Sollten unsere Landsleute in den alten Provinzen, sollten etwa deutsche Kaufleute überhaupt an Rechtssinn und Bildung zurückstehen gegen Franzosen und Belgier! —

V.

Das Recht des L.R.S. 2060a auf Zwangsverhaft gegen Fremde steht nur dem Inländer und nicht auch dem Ausländer oder dem inländischen Cessionar desselben zu.

Anderst gegen Mertens.

Der Beklagte — ein in Heidelberg sich aufhaltender Ausländer — hatte sich gegen das unterrichterliche Urtheil beschwert, weil ihn dasselbe für den Fall der Nichtzahlung seiner Schuldigkeit binnen bestimmter Frist mit persönlichem Verhaft bedroht.

Das großh. Hofgericht fand diese Beschwerde begründet, weil, obgleich nach L.R.S. 2060a Abs. 11 persönlichen Verhaft „wegen rechtskräftiger Ansprüche aller Art an Fremde" statt finde, doch diese Bestimmung nach dem Grund des Gesetzes, welcher sich aus dessen Quelle, dem französ. Gesetze vom 7. September 1807, unzweifelhaft ergebe, nur von Inländern geltend gemacht werden könne.

Arg. L.R.S. 11.
Jahrb. n. F. XIII. 248.

Nun sei aber Kläger, wenn schon ein Inländer, als Cessionar eines Ausländers gegen den Beklagten aufgetreten, dessen Lage durch den Rechtsübertrag an einen Inländer nicht verschlimmert werden könne, indem das Recht, auf Verhaft zu klagen, offenbar nicht rein prozessualischer Natur, sondern eine Erweiterung des Forderungsrechts selbst sei, kraft welcher die Haftbarkeit des Schuldners mit seinem Vermögen (L.R.S. 2093) zu einer Haftbarkeit mit seiner Person ausgedehnt werde.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 6.**

I.

Die Börsengeschäfte.

(Annalen XXIII. No. 43. 47. 50 u. 52. XXIV. No. 3. *)

5. Das Differenzgeschäft und die Klage auf Differenz.

Ich habe früher (No. 52 des v. J.) die Behauptung aufgestellt, dasjenige, was die Juristen Differenzgeschäft nennen, sei an der Börse ganz unbekannt, indem dort stets und in allen Fällen über Lieferung bestimmter Papiere, seien diese nun Staatspapiere, Aktien oder ähnliche Creditpapiere, zu einem bestimmten Preis abgeschlossen wird; zur Unterstützung meiner Behauptung habe ich mich auf Benders Verkehr mit Staatspapieren §. 87 S. 416 bezogen. Rebenius in seinem von mir angeführten Werk, der öffentliche Credit, glaubt wohl an die Möglichkeit, daß solche Geschäfte vorkommen, ohne jedoch im Stande zu sein, eigene Erfahrungen darüber anführen zu könnnen. Dagegen findet man bei Mollot, Bourses de commerce im Anhang sub No. 13 folgendes Gutachten der ersten Kaufleute und Banquiers von Paris:

Wir Unterzeichnete bezeugen:

1) daß die nachfolgende Form eines Engagement, nemlich:

> Den 31. October dieses Jahrs oder auf Verlangen früher werde ich an Herrn ..... die Summe von ..... 5 pCt. Rente gegen Zahlung von ..... Franken liefern.
>
> Paris, den ..... Unterschrift.

allein üblich ist für die unter dem Namen feste Zeitkäufe bekannten Börsengeschäfte.

2) Daß in allen diesen Geschäften, ohne irgend eine Ausnahme, der Verkäufer dem Käufer eine Frist gewährt, dieser aber die erkauften Papiere sich liefern lassen kann, sobald er will;

3) daß diese Geschäfte durch Lieferung der verkauften Papiere vollzogen werden, mag nun der Verkäufer sie zur Zeit, da der Käufer die Lieferung verlangt, schon besitzen, oder mag er sie, um die Lieferung bewirken zu können, verkaufen lassen;

4) daß bei allen diesen Geschäften der Eine eine Sache kauft, die er zahlen, der Andere eine Sache verkauft, die er liefern muß, woraus hervorgeht, daß man diese Geschäfte nicht als Wetten über den Cours der Staatspapiere ansehen kann;

5) daß die Zeitkäufe, wie sie gegenwärtig an der Börse von Paris in Uebung sind, der Staatsregierung ebenso nützlich sind, als dem Handel, und zwar der Staatsregierung, weil diese sonst nicht im Staude wäre, die bedeutenden Anlehen, deren sie bedarf, aufzubringen; dem Handel, weil diese Geschäfte den Rentebesitzern ein schnelles und sicheres Mittel an die Hand geben, sich, sobald sie wollen, die nöthigen Mittel zu verschaffen, und zugleich Kapitalisten durch diese Geschäfte in den Stand gesetzt werden, Gelder auf so kurze Zeit, als sie wollen, anzulegen mit der Gewißheit, sie, sobald sie wollen, wieder herausziehen zu können u. s. w.

Unter den Unterzeichnern bemerkt man historische Namen, wie Laffite, Périer u. a.

Ganz übereinstimmend damit erklärt ein Gutachten mehrerer Banquiers in Frankfurt vom 29. Dezember 1837 unter andern:

„In der That kommen im kaufmännischen Leben eigentliche Differenzgeschäfte gar nicht vor; es wird viel-

*) In dem Aufsatz No. 3 S. 20 Zeile 4 soll es heißen si volet, statt si valet.

Digitized by Google

mehr immer auf wirkliche Lieferung der Stücke und auf baare Zahlung des hiefür stipulirten Kaufpreises, der sich nach dem in den Schlüssen oder Briefen ausgedrückten Coursen berechnet, gehandelt und nur bei dem Ausgang kann es vorkommen, daß man sich über die Cours-Differenz berechnet, entweder weil der eine Theil nicht die Papiere, oder der andere nicht das Geld hat, oder weil das Geschäft durch Scontrirung (Anweisung auf Andere) erledigt wird. Allein dies sind Zufälligkeiten der Ausführung, die am Wesen der Eingehung des Geschäfts nichts ändern, und wodurch dasselbe keineswegs in eine Wette oder in ein Spiel verwandelt wird."

Bezüglich des Prolongationsgeschäfts findet sich bei Mollot im Anhang sub.-No. 14 ein Gutachten vieler Kaufleute und Mäkler über die Frage, ob dasselbe einen Kauf und Wiederverkauf oder eine Belehnung von Staatspapieren (Faustpfand) enthalte? Es wird zunächst folgendes Beispiel aufgestellt: Paul hat durch Vermittlung des Mäklers L. J. 50,000 Franken Rente gekauft und bezahlt; er hat sie in dem großen Buch auf seinen Namen überschreiben, und sich die Inscription aushändigen lassen; er verkauft sodann durch Vermittlung des nämlichen Mäklers an demselben Tag zum nämlichen Preis diese Renten auf sechsmonatliche Lieferung, läßt sich aber für den Mehrwerth der Rente während dieser sechs Monate 2½ pCt. baar zahlen, außerdem auch, um den Vollzug des Vertrags zu sichern, eine Abschlagszahlung auf den Kaufpreis machen. Es wird nun gefragt, ob Paul als Eigenthümer der Rente oder nur als Faustpfandgläubiger zu betrachten ist? Diese Frage wird dahin beantwortet, er sei als Eigenthümer zu betrachten, was auch wohl schon darum, weil die Rente auf seinen Namen überschrieben worden ist, kaum von irgend Jemanden wird bezweifelt werden können. Wenn aber eine solche Ueberschreibung, welche in Deutschland entweder gar nicht oder nur höchst selten vorkömmt, nicht vorgenommen worden wäre? Auch in diesem Fall wird ein Kauf und Wiederverkauf anzunehmen sein, wenn nicht etwa im einzelnen Fall eine Simulation nachgewiesen wird. Es wird hierbei besonders darauf ankommen, die Merkmale des Kaufs im Gegensatz zur Belehnung ins Auge zu fassen: Bei der Belehnung wird der Darleiher selten den ganzen Werth der Papiere, welche zur Sicherheit gegeben worden, dem Entleiher ausfolgen, damit er auch bei etwaiger Werthverminderung der Papiere durch dieselben gesichert ist; bei dem Kauf dagegen zahlt der Käufer den ganzen Kaufpreis. Ferner kommt bei der Belehnung ein Geding vor, das bei dem Kauf nie vorkommen kann, nemlich, daß wenn die Papiere im Werthe sinken, der Entleiher weitere Sicherheit geben müsse, widrigenfalls der Darleiher berechtigt sei, über die Papiere zu verfügen, z. B. sie zu veräußern, um sich aus dem Kaufpreis für Kapital und Zinsen bezahlt zu machen.

Auch die Zinsberechnung kann dazu dienen, Kauf und Belehnung zu unterscheiden: Bei dem Kauf tritt der Käufer, sobald er die Papiere bezogen hat, in den Genuß der Zinsen, welche diese abwerfen, hat dagegen den Kaufpreis entweder bezahlt oder muß, wofern ihm Credit verwilligt worden ist, denselben verzinsen; bei der Belehnung bezieht der Entleiher die Zinsen aus den von ihm hinterlegten Papieren, verzinst dagegen dem Darleiher das erhaltene Kapital. In Frankreich werden allerdings bei dem Verkauf ebenfalls keine Zinsen berechnet, vielmehr liegen diese in dem höhern Cours, zu welchem die Papiere „auf Zeit" verkauft werden, wie in dem oben angeführten Beispiel, wo es sich um 5 pCt. Rente handelte, der Verkäufer sich 2½ pCt. auf sechs Monate bedungen hat, was mit dem Zinsfuß der Rente vollständig übereinstimmt. Paul hat sich daher in jenem Beispiel die Zinsen, welche die Rente abwirft, stipulirt, während er sich, wenn er nur Faustpfandgläubiger wäre, Zinsen aus dem hergegebenen Kapital hätte stipuliren müssen. Freilich kann gerade hierin eine Simulation liegen, um einen unerlaubten Zinsfuß zu verdecken. Wo ein solcher Verdacht vorliegt, können nur die übrigen Umstände maaßgebend sein, wobei man aber stets an der allgemeinen Regel festhalten muß, daß Verträge in so lange nach ihrem Wortlaut zu beurtheilen sind, als nicht eine Simulation bewiesen ist.

Wenn nun, sei es bei dem Zeitkauf, bei der Prolongation oder bei dem Prämiengeschäft, der eine Theil die Erfüllung verweigert, wie hat der andere zu verfahren, um zu seinem Rechte zu gelangen?

In der richtigen Lösung dieser Frage liegt die praktische Bedeutung dieser ganzen Untersuchung; denn die Theorie soll keinen andern Zweck haben, als die richtige Anwendung des Gesetzes vorzubereiten. Wenn nun der eine Theil einen Vertrag nicht erfüllt, so hat unser Gesetz in Art. 1184 dem andern Theil das Recht gegeben, bei Gericht entweder auf Erfüllung des Vertrags oder auf Auflösung desselben und Entschädigung zu klagen.

Digitized by Google

Wählt er Erfüllung, so kann er neben derselben noch Entschädigung wegen der Verzögerung verlangen; A. 1184 sagt dieses zwar nicht ausdrücklich, es läßt sich dieses aber aus andern Stellen des Gesetzbuchs, z. B. aus Art. 1611 nachweisen. Entschädigung kann demnach in beiden Fällen sowohl wenn Erfüllung wie auch wenn Auflösung gewählt wird, begehrt werden. Nach Art. 1146 ist aber das Begehren der Entschädigung an die Bedingung geknüpft, daß der Schuldner in Verzug gesetzt wurde, weßhalb der erste Schritt gegen den säumigen Contrahenten diese Setzung in Verzug sein muß. Wie diese zu geschehen hat, darüber belehrt uns Art. 1139 nur insoweit, als es sich von reinen Verbindlichkeiten, d. h. solchen, denen nicht auch Rechte zur Seite stehen, handelt. In zweiseitigen Verträgen braucht aber der Eine nur zu erfüllen, wenn auch der Andere erfüllt. Art. 1184. Wer Erfüllung begehrt, muß seinerseits Erfüllung anbieten; daher kann in den Fällen, welche uns hier beschäftigen, nur derjenige, welcher seinerseits erfüllt oder Erfüllung anbietet, die Erfüllung des Andern mit rechtlicher Wirkung begehren. Um den andern Contrahenten in Verzug zu setzen, muß deßhalb der Mitcontrahent die Erfüllung anbieten, aber nicht nur in Worten, sondern in der Weise, daß der Andere, wenn er erfüllen will, auch die Gegenleistung in Empfang nehmen kann: sonst braucht er ja nicht zu erfüllen, das Anerbieten hätte daher keinen Zweck; über die nach Billigkeit und Herkommen zu machenden Ausnahmen habe ich mich schon in einem frühern Artikel ausgesprochen (siehe No. 3). Dort ist auch bereits darauf hingewiesen, daß dieses Erbieten zur Erfüllung besonders dann nothwendig ist, wenn in dem Engagementbrief die s. g. Erlöschungsclausel enthalten ist; bei dem Prämiengeschäft kann ebenfalls die Nothwendigkeit einer Aufforderung zur Erfüllung eintreten, wie dieß in einem frühern Artikel (siehe No. 50 der vorjährigen Annalen) bereits angeführt ist. Alle diese Akte werden bei uns und in den meisten deutschen Ländern durch einen Notar, in Frankreich und in den Ländern des französischen Verfahrens durch den Gerichtsbote[illegible] (Huissier) vorgenommen. Ist dies geschehen, so handelt es sich darum, eine Wahl zu treffen, ob man nemlich Erfüllung oder Auflösung begehren will? Das Gesetz stellt die Wahl in das Ermessen des nicht säumigen Theils; dieses Ermessen wird sich durch die obwaltenden Verhältnisse bestimmen lassen, und es scheint der Gesetzgeber absichtlich ihm die Wahl darum anheim gestellt zu haben, damit er dasjenige wählen könne, was ihm unter den obwaltenden Verhältnissen am angemessensten erscheint. Wenn z. B. der Käufer die gekauften Staatspapiere weiter verkauft, und sich verbindlich gemacht hat, sie an demselben Tag zu liefern, als er sie von seinem Verkäufer in Empfang zu nehmen hat, so entspricht es diesem Verhältniß, daß an dem bestimmten Tag erfüllt werde. Liefert aber der erste Verkäufer nicht, so muß der Käufer, um seinerseits Wort halten zu können, sich die Papiere anderwärts verschaffen. Er hat nunmehr kein Interesse mehr an der Erfüllung des ersten Vertrags, vielmehr wird er Auflösung und Schadenersatz verlangen. Ueberhaupt wird bei Gegenständen, die einem wechselnden Preis unterliegen, selten Jemand auf Erfüllung klagen wollen, weil er nicht vorhersehen kann, wie die Preise zu der Zeit stehen, in welcher der Andere in Folge des richterlichen Spruches erfüllen wird. Endlich bringt ihn die Erfüllungsklage in die unangenehme Lage, den Kaufpreis und das Kaufobjekt bis zu entschiedener Sache entbehren zu müssen. Die letztere Rücksicht hat vornehmlich den Gesetzgeber bestimmt, den Verkäufer von Fahrnissen durch Art. 1657 für berechtigt zu erklären, sofort über das Kaufobject zu verfügen, wenn der Käufer dasselbe nicht zur verabredeten Zeit in Empfang nimmt. Die Gleichheit der Rechte hätte erfordert, daß der Käufer unter der nemlichen Voraussetzung, d. h. wenn der Verkäufer nicht zur rechten Zeit liefert, für berechtigt erklärt worden wäre, das Kaufobjekt sich anderwärts zu verschaffen. In der That bleibt ihm ohnedies, wenn er weiter verkauft hat, nichts Anderes übrig. Bekanntlich haben aber die badischen Gerichte entschieden,

1) derjenige, welcher die Wahl habe, Erfüllung oder Auflösung zu begehren, und sich für die letztere Alternative entscheide, führe selbst den Schaden herbei, den er nun erleide, könne daher nicht den Ersatz von dem andern Contrahenten verlangen,
   vrgl. oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. 5. Bd. S. 144 und ff.
   Annalen von 1839 S. 98—100,
2) wer in Gemäßheit des Art. 1657 von dem Vertrag abgehe, könne überhaupt keinen Schadenersatz verlangen.
   Oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. 11. Bd. S. 388.
   Annalen von 1840 S. 151 und 152.

Digitized by Google

Ich habe schon früher versucht, die diesen Entscheidungen zu Grund liegenden Ansichten zu widerlegen, und zwar die erste in den Annalen von 1844 No. 40 S. 293 — 300, die zweite in den Annalen von 1851 No. 38 S. 299—305, und kann mich hier darauf beschränken, den dortigen Ausführungen Einiges nachzutragen. Das römische Recht läßt im Falle der Nichterfüllung die Klage auf Schadenersatz unbedingt zu. So z. B. sagt l. 1. pr.: de act. emti venditi (19. 1) Lires vendita non tradatur, in id quod interest agitur; hoc est, quod rem habere interest emptoris. Wenn der Verkäufer nicht erfüllt, sagt der römische Jurist, kann der Käufer auf das Interesse klagen, d. h. auf so viel als es ihm werth ist, die Sache zu haben. Dieses Interesse, setzt er hinzu, kann zuweilen der Kaufpreis überschreiten, wenn dem Käufer mehr daran liegt, die Sache zu haben. Nehmen wir z. B. den Fall, es habe Jemand eine Kohlenlieferung an eine Eisenbahn-Verwaltung oder an eine Gas-Anstalt übernommen, liefert aber die Kohlen nicht. Der daraus entstehende Schaden kann leicht den Kaufpreis der Kohlen übersteigen. Uebereinstimmend ist l. 21 §. 3 ibidem, wo Paulus sagt: Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Was dort Interesse (id quod interest) wird hier utilitas genannt, im übrigen machen beide Stellen den säumigen Verkäufer für den ganzen Schaden verantwortlich, ebenso l. 4. 10. 12. Cod. h. t. (4. 49.) Nicht minder streng wird der säumige Käufer l. 1 §. 3 D. de periculo et commodo (18. 6.) beurtheilt, indem dem Verkäufer gestattet wird, den Wein auszugießen, welchen der Käufer nicht an dem bestimmten Tag abholt. Gießt er ihn nicht aus, so ist er deßhalb nur zu loben, er kann dann Miethzins für die Fässer verlangen, sagt der römische Jurist, oder er kann auch den Wein verkaufen, wobei er sich Mühe geben soll, daß dem Käufer möglichst geringer Schaden daraus erwächst. In den unmittelbar folgenden Stellen l. 1 §. 4 und l. 2 ibidem wird ebenfalls dem Verkäufer das Recht eingeräumt, den Wein wegzugießen, wenn der Käufer ihn nicht zur rechten Zeit abholt. In dieser Beziehung ist das französische Recht milder, es gestattet dem Verkäufer, der das verkaufte Objekt nicht selbst aufbewahren will, dasselbe zu hinterlegen. Art. 1258 und 59. Bewahrt er es selbst auf, so hat er nach römischem Recht nur dolum zu prästiren. l. 5 §. 17 D. ibidem.

Wenn der Käufer auch nur mit einem kleinen Theil des Kaufpreises an dem zur Zahlung bestimmten Tag zurückgeblieben ist, kann der Verkäufer, wenn er dadurch Schaden leidet, die Erfüllung weigern. l. 135 §. 2 D. de verb. oblig. (45. 1.) Gegen den Säumigen herrscht hiernach die größte Strenge vor, er ist zum Schadenersatz verpflichtet, ohne daß der andere Contrahent eine Vertragsauflösung zu beantragen nöthig hat; vielmehr scheint vorausgesetzt zu werden, daß er nicht mehr zu erfüllen braucht, weil der Andere nicht zur rechten Zeit erfüllt hat, und eine spätere Erfüllung nicht mehr eine vertragsmäßige ist. Der Verzug zieht wie die unrechte That, die Verpflichtung zum Schadenersatze nach sich. Thibaut, Pandektenrecht §. 103. Da nun aber der nicht säumige Theil auch Erfüllung begehren kann, wenn er will, so hat er, wie nach französischem Recht, die Wahl zwischen dieser und dem Schadenersatz. Wenn nun wahr wäre, daß der Schaden erst durch die getroffene Wahl des nicht säumigen Theils herbeigeführt wird, wie in den Entscheidungsgründen zu den betreffenden Urtheilen behauptet ist, so hätten schon die römischen Juristen, denen Scharfsinn gewiß nicht abgesprochen werden kann, hierauf Rücksicht nehmen müssen. Davon findet sich aber keine Spur.

Ebensowenig ist nach römischem Recht zweifelhaft, daß der Säumige zum Schadenersatz verpflichtet ist, wenn auch die Vertragsauflösung überhaupt nicht vom Richter ausgesprochen zu werden pflegt. Auch in der reichen Literatur der Franzosen sowie in den zahlreichen arrêts findet sich kein Gewährsmann der erstern Ansicht; gegen die zweite sprechen die von Troplong de la Vente No. 678 angeführten Coutumes, sowie auch dieser Schriftsteller selbst in No. 681 den Säumigen für verbunden erachtet, Schadenersatz zu leisten, wenn auch der Verkäufer von dem ihm nach Art. 1657 zustehenden Recht Gebrauch macht. Dagegen führt die von unsern Gerichten adoptirte Ansicht zu den schreiendsten Ungerechtigkeiten: Denken wir uns, es habe ein deutscher Viehzüchter einem Franzosen 100 Stück Ochsen oder 500 Stück Hämmel auf einen bestimmten Markttag nach Paris zu liefern versprochen; er findet sich an dem bestimmten Tag in Paris auf dem Markte ein, dagegen bleibt der Käufer aus. Was kann der Verkäufer überhaupt in solchem Falle anfangen? Soll er das Vieh einstellen, und dasselbe füttern lassen, bis der einzuleitende Prozeß entschieden ist? Wer gibt ihm in einer fremden Stadt die Mittel zu den

Digitized by Google

doppelten Kosten? Und wer steht ihm dafür, daß nicht schließlich der Käufer sich zahlungsunfähig erklärt? Das Gesetz räumt ihm deßhalb das Recht ein, über das Kauf-Objekt weiter zu verfügen: er kann mithin sofort an einen Andern verkaufen. Wenn er nun weniger erlöst, als der Kaufpreis beträgt (und nur in diesem Fall wird der Käufer ausbleiben), welcher vernünftige Grund wäre denkbar, den Käufer von dem Ersatz dieses Schadens zu entbinden, und ihn dem Verkäufer zur Last zu legen, der Alles gethan hat, was der Vertrag fordert? Der römische Jurist sagt: der Verkäufer darf den Wein ausschütten; wenn er es aber nicht thut, sei er nur zu loben; er mag ihn dann bestens verkaufen damit der Schaden des Käufers möglichst gering sei. Es kam also dem römischen Juristen nicht entfernt in den Sinn, daß der erwachsende Schaden dem Verkäufer zur Last bleibe; ja was besonders bemerkenswerth ist, er sieht in dem Weiterverkauf des Weins nicht eine Eigenmacht des Verkäufers, sondern eine lobenswerthe Fürsorge für das Interesse des Käufers. In dem obigen Fall hätte der Verkäufer das in den Art. 1258 und 1259 vorgeschriebene Verfahren einhalten und den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises belangen können. „Dann wäre ihm kein Schaden erwachsen." Allein hierbei ist zweierlei unberücksichtigt gelassen, nemlich erstens, ob die Verhältnisse dem Verkäufer gestatten, den Kaufpreis während der Dauer des Prozesses zu entbehren, und zweitens, ob nicht zu befürchten steht, daß der Käufer am Ende des Prozesses zahlungsunfähig ist? Solche Erwägungen sind es ja gerade, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, dem nicht säumigen Contrahenten ein Wahlrecht einzuräumen, außerdem aber auch dem Verkäufer zu gestatten, über das Kaufobject, welches der Käufer nicht zur rechten Zeit in Empfang nimmt und bezahlt, (in dem Art. 1657 ist allerdings von der mora solvendi keine Rede, aber ohne diese Unterstellung hat der Artikel keinen Sinn), frei zu verfügen. Nehmen wir ein anderes Beispiel: Eine Eisenbahnverwaltung habe Schienen bestellt, welche zu einer genau bestimmten Zeit zu liefern sind. Werden nun die Schienen nicht geliefert, kann man der Verwaltung zumuthen, auf Lieferung zu klagen, die Bahnarbeiten oder den Bahnbetrieb so lange liegen zu lassen, bis der Prozeß entschieden ist, oder bis die Lieferung erfolgt? Oder liegt es nicht sogar in den Pflichten der Verwaltung, sofort andere Schienen anzuschaffen, um jede Verzögerung der Vollendung der Bahn oder jede Unterbrechung des Betriebs zu vermeiden? Und wenn die neuen Schienen mehr kosten, als der mit dem Säumigen bedungene Preis, wer muß diesen Schaden leiden? Die Verwaltung oder der Säumige? Ich glaube Niemand wird im Zweifel sein, wie diese Frage zu beantworten ist. Und wir sollten annehmen, das Gesetz stehe im Widerspruch mit diesem allgemeinen Rechtsgefühl! Dabei darf auch der Umstand hervorgehoben werden, daß in dem obigen Beispiel die Bahnverwaltung, welche andere Schienen anschaffe, im wohlverstandenen Interesse des Säumigen handelt, denn angenommen, sie stelle eine Klage auf Lieferung an und lasse unterdessen die Bahnarbeiten liegen, oder stelle den Betrieb ein, so würde das Vermögen eines Crösus kaum zureichen, den hieraus erwachsenden Schaden, der doch wohl dem unterliegenden Theile zur Last fiele, zu ersetzen. Dergleichen Fälle kommen im Verkehr zu Hunderten von, z. B. wenn ein Fabrikant Rohstoffe, deren er für seinen Fabrikbetrieb bedarf, oder Maschinen bestellt, oder wenn Jemand Waaren kauft und sie weiter verkauft, sie würden aber nicht zur rechten Zeit geliefert. Will der Fabrikant seine Fabrik nicht still stehen lassen, will der Händler seinen Vertrag halten, so muß Jener die Rohstoffe, dieser die Waare anderwärts beziehen; die daraus entstehenden Mehrkosten muß der Säumige tragen, daran ist nach römischem Recht nicht zu zweifeln.

Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit vel ubi agatur.

Man soll den säumigen Verkäufer verurtheilen, sagt Pomponius in l. 3 §. 3 de act. emti vend. (19. 1) den höchsten Preis, den der zu liefernde Wein, sei es zur Zeit des Kaufs oder des Urtheils, sei es am Ort des Vertrags oder am Gerichtssitz hatte, zu zahlen. Ebenso führt derselbe in §. 4 ibidem fort, soll man den säumigen Käufer verurtheilen, indem man bei der Abschätzung den niedersten Preis des Weins, sowohl der Zeit als dem Orte nach, zu Grund legt. Damit stimmt Paulus in der schon angeführten l. 21 §. 3 eodem überein, indem er mit gewohnter Freiheit sagt: nec major fit obligatio quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum hodie pluris sit. Merito, quia sive datum esset, haberet emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit.

Digitized by Google

Hiernach kann nach römischem Recht sogar ein ideeller Schaden, d. h. ein solcher, der nur auf Berechnung der Preise beruht, in Ansatz gebracht werden, wobei übrigens wohl zu beachten ist, welche Schranke Paulus in der citirten l. 23 §. 3 D. zieht, indem er sagt: neque enim si potuit ex vino negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est; non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur.

Der Gewinn, den Jemand mittels des Handels erreichen kann, soll bei der Berechnung nicht in Betracht kommen, so wenig wie der Werth der vor Hunger umgekommenen Sklaven in dem Fall, wenn verkauftes Getreide nicht zur rechten Zeit abgeliefert wird, sondern allein der Marktpreis. Hiernach sind die Faktoren der Schadenberechnung gegeben: der verabredete Kaufpreis bildet den einen, der Marktpreis den andern Faktor, der Unterschied zwischen beiden ergibt den Schaden resp. den entgangenen Gewinn.

Auf diese Grundlage hin hält Thöl in seinem Handelsrecht §. 86 und 87 die Klage auf Preisdifferenz für gemeinrechtlich begründet, deßgleichen Bender in seinem Verkehr mit Staatspapieren §. 82 und 83, wo man auch die ganze Literatur über diese Frage angeführt findet.

Die französischen Schriftsteller stimmen übrigens hierin mit den eben genannten vollständig überein, wie z. B. Pardessus Cours de droit commercial No. 281. Troplong de la vente No. 301 ebenfalls den Preisunterschied als Grundlage der Schadenberechnung anerkennen. Wie mir scheint, führt auch Art. 1149 nothwendig zu dieser Art der Berechnung; nach diesem Artikel soll nemlich die Entschädigung den erlittenen Verlust und den entgangenen Gewinn umfassen. Der erlittene Verlust beruht stets auf Thatsachen, der entgangene Gewinn dagegen auf Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten und dgl., z. B. ich habe Getreide gekauft, das im Preise gestiegen ist, mithin hätte ich gewinnen können, wenn es mir geliefert worden wäre; da es mir aber nicht geliefert wurde, ist mir der Gewinn entgangen. Um diesen entgangenen Gewinn zu constatiren, vergleicht man den Kaufpreis mit dem Preis, den ich hätte erreichen können, der Unterschied zwischen beiden stellt den entgangenen Gewinn dar. Diese Auffassung, welche sich aus der Natur der Dinge selbst ergibt, hat sich auch dem Verfasser unseres badischen Gesetzbuchs aufgedrängt, wie aus dem Art. 1151 a und der Erläuterung desselben hervorgeht: „Verlust und Gewinn wird auf den höchsten laufenden Werth, der in der Zeit von der Beschädigung bis zur Entschädigung bestand, berechnet, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde, andernfalls nur auf den mittlern.“ Unter „laufendem Werth“ ist wohl nichts Anderes als der Marktpreis (vielleicht wollte Brauer das französische Wort Cours (cours von courir) durch ein entsprechendes deutsches Wort ersetzen, und bediente sich darum des sonst nicht gebräuchlichen Ausdrucks „laufender Werth“) zu verstehen, wie sich aus dem 3. Bd. der Erläuterungen S. 93 ergibt, wo abwechselnd der eine wie der andere Ausdruck gebraucht wird. In der genannten Stelle unseres Gesetzbuchs wird zwischen Vorsatz und Nachlässigkeit unterschieden: in dem Einen Fall soll der höchste, in dem Andern der mittlere Preis, welcher von der Zeit der Beschädigung bis zur Entschädigung bestand, der Berechnung zu Grund gelegt werden. Hier hat also das Gesetz selbst den einen Faktor der Rechnung bestimmt; der andere ergibt sich aus der Uebereinkunft der Parthieen, er besteht in dem bedungenen Preis. Der Unterschied zwischen beiden bildet die als Entschädigung zu ersetzende Summe.

Wenden wir nun dieses gewonnene Resultat auf die beschriebenen Börsengeschäfte an, so ergibt sich, daß der säumige Contrahent, wegen seines Verzugs, verbunden ist, den Mitcontrahenten zu entschädigen, und daß dieser die Wahl hat,

> entweder Erfüllung und Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung, oder Auflösung und Entschädigung wegen Nichterfüllung

zu begehren, und daß im letztern Fall, wenn nicht wegen besonderer Umstände die Entschädigung sich höher belaufen sollte, der Unterschied zwischen dem verabredeten und dem am Tag der Erfüllung bestehenden Marktpreis in Anspruch genommen werden kann. Die Klage auf Differenz ist mithin nach gemeinem wie nach französischem Recht vollkommen begründet. Diese Grundsätze sind in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, welcher gegenwärtig in Nürnberg berathen wird, ausdrücklich anerkannt. Die Art. 273 und 274 lauten nemlich so:

Wenn die Lieferung oder die Empfangnahme an einem bestimmten Tage oder in einer bestimmten Frist erfolgen soll, und die zu liefernde Sache an dem Lieferungsplatze einen Börsencours oder Marktpreis hat, so muß die Erfüllung an dem bestimmten Tag oder in der

Digitized by Google

bestimmten Frist gefordert werden. Die Aufforderung muß mit einem wirklichen Anerbieten der vertragsmäßigen Gegenleistung verbunden sein.

Wird auf die Aufforderung nicht erfüllt, so löst sich dadurch der Vertrag in der Verpflichtung des Nichterfüllenden zum Schadenersatz auf. Den Betrag der Entschädigung bildet die Differenz zwischen dem vertragsmäßigen Kaufpreis und dem Börsencourse oder Marktpreise am Tag der Aufforderung.

Eine höhere Entschädigung kann nur gefordert werden, wenn dies ausdrücklich vereinbart war, oder wenn der Käufer nachweist, daß die unterbliebene Lieferung der Waare ihm auf Grund der am Tage der Aufforderung bestehenden Verhältnisse einen höhern Schaden verursacht oder einen höhern Gewinn entzogen hat, und er die Waare an diesem Tag am Handelsplatze nicht anderwärts anschaffen konnte.

Dr. Ladenburg.

II.

Die Unterlassung der Vorschrift in L.R.S. 395 hat nur die Wirkung, daß der neue Ehemann für alle Folgen der widerrechtlichen Fortführung der Vormundschaft von Seite seiner Ehefrau als Sammtschuldner haftet, nicht aber die Wirkung, daß dem minderjährigen Kinde ein gesetzliches Pfandrecht an den Liegenschaften des neuen Ehemannes zusteht.

In Sachen des Kaufmanns C. Probst als Vormund der Josefa Ehrlich gegen die Gantmasse der verstorbenen Crescentia Bohle geb. Regg, Forderung und Vorzug betr., wurde vom Hofgericht des Seekreises das amtliche Urtheil, welches die Klage als nicht stattfindend verwarf, dahin abgeändert, daß die Forderung der minderjährigen Josefa Ehrlich mit 800 fl. nebst Zins in die V. Ordnung zu lociren sei.

Gründe.

Die Klägerin Josefa Ehrlich ist ein uneheliches Kind der verstorbenen Antonia Ehrlich, welche sich später mit Karl Bohle verheirathet hat. Die uneheliche Mutter war nach L.R.Z.S. 393 a die gesetzliche Vormünderin der Josefa Ehrlich und als sie sich mit Karl Bohle verehelichte, wäre ihr allerdings die Beobachtung der Vorschriften des L.R.S. 395 obgelegen, wenn sie damals nach inländischen Gesetzen zu beurtheilen gewesen wäre. Sie war jedoch zur Zeit Ausländerin, verheirathete sich mit Bohle auch im Auslande, und erwarb erst später das Indigenat. Hieraus folgt jedoch nun nicht, daß, was der Unterrichter annimmt, Bohle und dessen Ehefrau entbunden waren, sich nach L.R.S. 395 nachträglich zu benehmen, sondern sie waren im Gegentheile nunmehr, da sie unter die Herrschaft der inländischen Gesetze getreten, verpflichtet, jene Vorschriften nachzuholen, damit die minderjährige Josefa Ehrlich nicht schutzlos war. Weil jedoch die Beobachtung jener gesetzlichen Bestimmungen unterblieben ist, so wurde der neue Ehemann Karl Bohle auch von den gesetzlichen Folgen der Unterlassung betroffen, er ist nämlich für alle Folgen der widerrechtlichen Fortführung der Vormundschaft von Seite seiner Ehefrau als Sammtschuldner verantwortlich geworden, daß er jedoch Mitvormund geworden, wie in der Klage behauptet ist, davon kann bei den klaren Bestimmungen des Gesetzes, welches die Folgen deutlich ausgesprochen hat, nicht die Rede sein.

Es fragt sich daher nur, ob der minderjährigen Josefa Ehrlich kraft der sammtverbindlichen Haftbarkeit des Karl Bohle ein gesetzliches Unterpfand an den Liegenschaften desselben zusteht. Müßte die Frage bejaht werden, so wären die Liegenschaften Karl Bohles, welche er seiner Ehefrau Crescentia Regg in Folge erwirkter Vermögensabsonderung zu Eigenthum abgetreten hat, allerdings vom erwähnten gesetzlichen Unterpfandsrecht ergriffen, und die Gantmasse der verstorbenen Crescentia Regg wäre, als dermalige Besitzerin der Unterpfänder verpflichtet, entweder die eingeklagten Forderungen — deren Beweis vorausgesetzt — zu bezahlen, oder von den Unterpfändern abzustehen. L.R.S.S. 2166 ff. Allein durch L.R.S. 395 Abs. 2 wurde der zweite Ehemann, wie schon angeführt, nicht Vormund oder (wie im Falle des L.R.S. 396) Mitvormund, so daß in Folge hievon auch das gesetzliche Unterpfandsrecht des L.R.S. 2121 a sich auf die unbeweglichen Güter des Karl Bohle erstreckt hätte; für die im L.R.S. 395 festgesetzte Sammtverbindlichkeit, von welcher hier allein die Rede sein kann, steht aber dem Minderjährigen kein gesetzliches Unterpfandsrecht zu.

Digitized by Google

Dieß ergibt sich daraus, weil gesetzliche Unterpfandsrechte (wie Pfand- und Vorzugsrechte überhaupt) Ausnahmen von dem im L.R.S. 2093 ausgesprochenen allgemeinem Grundsatze bilden, daher nur da angenommen werden dürfen, wo sie das Gesetz ausdrücklich constituirt. Nun entzieht der L.R.S. 395 für den vorliegenden Fall der Mutter, welche sich wieder verehelichte, die Vormundschaft, und verpflichtet deren neuen Ehemann, weil dieser unterließ, das Vormundschaftswesen der in die Ehe gebrachten Kinder zu ordnen, sammtverbindlich für alle Verbindlichkeiten seiner Ehefrau aus der früher geführten und jetzt kraft Gesetzes verlorenen, aber gleichwohl faktisch fortgeführten Vormundschaft, und da nun diese Ehefrau selbst nicht mehr als Vormünderin vom Gesetze anerkannt wird, folglich ihre Güter auch nicht mehr mit dem gesetzlichen Unterpfandsrechte des Minderjährigen wegen der Handlungen, die sie künftig begeht, beschwert sind; so kann unmöglich die bloße Sammtverbindlichkeit des Ehemanns für die Verpflichtungen seiner der Vormundschaft enthobenen Ehefrau dahin ausgedehnt werden, daß er nun, wie ein Vormund oder Mitvormund behandelt werde, nemlich seine Verpflichtungen mit dem gesetzlichen Unterpfandsrechte des L.R.S. 2121[2], welches nur gegen einen wirklichen Vormund gewährt wird, versehen sein. Vrgl. Duranton, Bruck Bd. II. S. 150. No. 426 Bd. I. S. 384 No. 312; Marcadé, Bd. II. S. 197 No. 187; Zachariä, V. Aufl. Bd. I. S. 299 von Note 4; und Anschütz daselbst Note 4.

Die in zweiter Instanz geltend gemachte Behauptung, daß die verstorbene Crescentia Regg und deren Ehemann Karl Bohle im Jahr 1851 beim Vollzuge der erwähnten Vermögensabsonderung die mit gesetzlichem Pfandrechte versehene Forderung der Josefa Ehrlich ausdrücklich anerkannt haben, ist bezüglich des Pfandrechts unerheblich, weil gesetzliche Unterpfandsrechte nicht durch den Willen der Parteien constituirt werden können, in jener Erklärung aber die Förmlichkeiten einer vertragsmäßigen Hypotheke nicht enthalten sind. — Allein es wurde weiter behauptet, daß bei derselben Gelegenheit die Crescentia Regg mit der Uebernahme des ganzen Vermögens des Karl Bohle, auch die Forderungen der Liquidantin, deren persönlicher Schuldner Karl Bohle gewesen, zur Zahlung übernommen habe; und es ist dieses im Wesentlichen auch schon in der Anmeldungsklage enthalten und in der Vernehmlassung theilweise zugestanden, sowie es sich aus dem deßfalls zum Beweise angerufenen, den Vollzug der Vermögensabsonderung betreffenden Amts-Revisorats-Acten ergibt. Bei jenem Acte hat zwar die Liquidantin selbst oder ein gesetzlicher Vertreter derselben nicht mitgewirkt; allein da die Absicht der beiden Parteien, Karl Bohle und seiner Ehefrau, offenbar und ausdrücklich dahin gerichtet war, daß der Josefa Ehrlich aus jenem zu ihren Gunsten festgesetzten Geding ein Recht erwachsen soll, nämlich das Recht, ihre Forderung an Bohle nunmehr gegen die Crescentia Regg geltend machen zu dürfen, so kann sie auch aus jenem zwischen Dritten abgeschlossenen Vertrage das ihr Zugesagte nach L.R.S. 1121 in Anspruch nehmen.

Hgr.

III.

Anzeige.

In der Druckerei des kathol. Bürgerhospitals dahier ist so eben erschienen:

Der

Dienst des Gerichtsboten.

Vollständige Sammlung

der

neuen Verordnungen

alphabetisch zusammengestellt

von

L. Stempf,

Hofgerichtsrath in Mannheim.

Obige Sammlung soll das allgemeine Verständniß dieses wichtigen Dienstzweigs vermitteln helfen. Wenn dieser Zweck erreicht wird, so hat sich der Herr Verfasser ein großes Verdienst erworben, weil außerordentlich viel von der pünktlichen Besorgung des Dienstes eines Gerichtsboten abhängt.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 7.

I.

1) Eine Privaturkunde über einen Pachtvertrag, welche die Sicherheit ihres Tages durch den Tod des Pächters erlangt hat, gewährt den rückständigen Pachtschillingen das Vorzugsrecht des L.R.S. 2102 [1] nicht von dem Tage des Vertragsabschlusses, sondern erst von dem Todestag des Pächters an.
2) Die Gläubiger einer Gantmasse, welche einem ihrer Mitgläubiger die Priorität einer Forderung bestreiten, sind als Dritte im Sinne des Gesetzes zu betrachten.
3) Die Zinsen aus einem Pachtschillinge genießen nicht das Vorzugsrecht, welches L.R.S. 2102 [1] Letzterem gewährt.
4) Auch genießen die Zinsen aus einer unterpfändlich gesicherten Forderung kein Pfandrecht, wenn nicht bei dem Eintrage der Forderung ihre Verzinslichkeit erwähnt ist.
5) Es liegt keine Gefährde darin, wenn einzelne Gläubiger ihre Forderungen zum Unterpfandsbuche eintragen lassen, obschon ihnen die materielle Gantmäßigkeit ihres Schuldners bekannt ist.

Die über die Hinterlassenschaft des Gottfried Maier in Ettlingen ausgebrochene Gant, welche die in No 1 dieses Jahrganges der Annalen mitgetheilte Entscheidung über die Rückdatirung einer Handelsgant veranlaßt hat, rief eine Reihe von unter den Gläubigern und der Gantmasse bestrittenen Ansprüchen hervor, von welchen einige hier mitgetheilt werden sollen.

Gottfried Maier hatte auf Ettlinger Gemarkung eine Bleichanstalt errichtet, welche er kaufmännisch betrieb. Hiezu bedurfte er Ländereien und Gebäude. Karl Wackher verpachtete ihm solche. Ueber diesen am 1. Januar 1846 abgeschlossenen Vertrag wurde eine Privaturkunde aufgenommen. Schon im Januar 1848 schuldete Maier für rückständige Pachtzinse die Summe von 10,841 fl. Am 12. Januar trat Wackher in seinem und im Namen von 10 andern Gläubigern Maiers klagend auf, und erwirkte für die vom Schuldner sofort zugestandenen Forderungen ein Urtheil, welches er zum Pfandbuche eintragen ließ. Obschon durch stillschweigende Uebereinkunft sowohl die verfallenen Pachtschillinge vom Verfalltage an zinstragend wurden, als auch die anderen gleichzeitig liquidirten Forderungen verzinslich waren, so war doch dieses Zinses in dem Erkenntnisse vom 12. Januar 1848 nicht gedacht.

In den Handlungsbüchern Wackhers wurde das Pachtverhältniß und die dadurch resultirenden Forderungen an Maier in der Form eines Conto-Currente gebucht, so daß die Forderungen in das Soll, die Zahlungen in das Haben geschrieben, jedes halbe Jahr unter Hinzurechnung des Zinses die Rechnung abgeschlossen, der Saldo gezogen und als verzinslicher Schuldposten in den Conto-Currente des nächsten Halbjahrs übertragen ist.

Am 13. September 1849 starb Maier. Ueber seine Verlassenschaft wurde Gant erkannt, und der Ausbruch derselben auf den 17. September festgesetzt.

Als Maier gestorben war, stellte Wackher eine Rechnung auf, welche den vom 1. Januar 1848 bis 23. September 1849 abgeschlossenen Conto Currente enthielt. Hierin war als erster Forderungsposten die unterm 12. Januar 1848 für liquid erklärte Summe von 10,841 fl. 32 kr. enthalten; als letzter war der zu Gunsten Wackhers sprechende Saldo mit 11,603 fl. 51 kr. aufgeführt. Das ganze Soll enthielt Pachtschillinge und die Zinsen daraus.

Digitized by Google

In der Liquidationstagfahrt der Maier'schen Gant liquidirte Wackher den eben erwähnten Saldo von 11.603 fl. 51 kr. nebst Zinsen vom 23. September 1849. Die Liquidität der Forderung unterlag keinem Anstande

Bezüglich des Ranges der angemeldeten Forderung sprach Wackher an:

1. für die ganze liquidirte Forderung nebst Zinsen Vorzugsrecht in 2. Klasse auf den Grund des L.R.S. 2102[4]. Dieser Anspruch wurde bestritten, 1) weil der Pachtvertrag keinen sicheren Tag habe, und weil jedenfalls den Zinsen kein Vorzug zukomme. Der Liquidant stützte seinen Anspruch darauf, daß die Gantmasse Rechtsfolgerin des Pachtnehmers sei, ihr gegenüber der Vertrag vom Tage des Abschlusses an sicheren Tag habe: Dieser auch von diesem Zeitpunkte an durch den Tod des Gantmannes gewonnen sei, 2) weil die Zinsen keinenfalls das Vorzugsrecht der Hauptforderung genößen.

Der Unterrichter trat der Ansicht des Liquidanten bei, und locirte die ganze angemeldete Forderung in die 2. Klasse, indem auch er von der Ansicht ausging, daß Gläubiger und Gantmasse sich nicht als dritte Personen gegenüberstünden, indem die Gantmasse nur die Vertreterin des Gantmannes sei, sie daher dessen Verträge anzuerkennen habe.

Das mittelrheinische Hofgericht war anderer Ansicht. Es änderte das Ganturtheil dahin ab, daß dem angemeldeten Pachtschillinge das Vorzugsrecht des L.R.S. 2102 nur für ein Jahr von dem Ende des laufenden rückwärts gerechnet zu bewilligen, die Zinsen aber in die 5. Klasse zu verweisen seien.

Die Entscheidungsgründe sagen über diesen Theil des Erkenntnisses:

„Was die angesprochene **Priorität** angeht, und zwar

1. das Vorzugsrecht aus L.R.S. 2102 Ziff. 1, so ist die Gantmasse durch den Ordnungsbescheid allerdings beschwert. Denn wie bereits oben erwähnt ist, so wurde der Bestandvertrag zwar schriftlich verfaßt, aber nicht eine öffentliche, sondern eine Privaturkunde wurde darüber aufgenommen, und derselben auch bis zu dem Tode des Maier ein sicherer Tag etwa durch Eintragung in öffentliche Bücher oder Register nicht gegeben. Dieser Vertrag hat daher vom Todestage Maiers an sicheren Tag erlangt.

Man hat zwar, aus dem Wortlaute des S. 2102 *) „oder mit Privaturkunde, die ihren sichern Tag hat," und insbesondere aus den Worten des französischen Textes:

„ou si étant sous signature privée, ils ont „une date certaine —"

schließen wollten, daß die Privaturkunde, wenn sie nur vor Ausbruch der Gant überhaupt einen sichern Ort und Tag erhalten hat, gleich der öffentlichen Urkunde bewirke, daß das Vorzugsrecht mit dem Tage des Vertragsabschlusses beginne. Diese Ansicht ist jedoch unrichtig, und aus dem Wortlaute des Gesetzes, welches sich über diese Frage gar nicht an dieser Stelle ausspricht, nicht zu entnehmen. Die Gesetzesstelle, in welcher diese Frage entschieden wird, ist vielmehr der L.R.S. 1328, und dort heißt es ausdrücklich, daß Tag und Jahr einer Privaturkunde gegen dritte Personen „von dem Tage an gewiß werden, da sie zu gerichtlichen Acten gebracht werden, oder da der Unterzeichner oder Einer derselben stirbt, u. s. w." was ganz mit dem französischen Urterte übereinstimmt

Durch diese Bestimmung des Anfangs der Gewißheit über die Zeit der Errichtung einer Urkunde wird auch allein der Zweck des Gesetzes, Dritte gegen die Machinationen der Contrahenten sicher zu stellen, erreicht, und es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß diesen Zweck der Gesetzgeber bei Abfassung des Satzes 2102 Ziff 1 nicht im Auge gehabt, und eine Aenderung des Grundsatzes selbst bezweckt habe.

Einem Zweifel kann es auch nicht unterliegen, daß die Gläubiger einer Gantmasse, welche einem ihrer Mit-

*) Man vergl. Zachariä II. Bd. §. 261. 1. (—Wenn der Vertrag in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, oder wenn die über den Vertrag gefertigte Privaturkunde schon vor Ausbruch der Gant ein sicheres Datum erhalten hat"—) und Note 10, sowie die dort angeführte Literatur — und die in gleichem Sinne ergangenen Entscheidungen des französischen Cassationshofes und der französischen Gerichtshöfe in Gilbert Code annoté zu Art. 2102 Note 20. Dort auch: Troplong tome t. No. 156, Duranton t. 19 No. 92. Roland de Villargues v° privilége No. 65. — Die Entscheidungen, welche die andere Ansicht adoptirt haben, finden sich in Note 21 und dort Tarible, Repertoir v° privilége sect. 3 §. 2 No. 5. Favard. v° privilége sect. 1 §. 2 No. 4. Grenier t. 2 No. 309. Persil Art. 2102 No. 14 und 15. Coulon t. 2 p. 81 dict. 54. Valette No. 63. Brauer (Erläuterungen Bd. IV. S. 133, scheint ebenfalls eine Privaturkunde, welche „durch eine der Schuldausklage noch rechtzeitig vorangegangene Eintragung (— oder wohl auch auf andere Weise —) Tag und Jahr gegen Dritte (nemlich hier gegen die übrigen Pfandgläubiger) erlangt hat" einer öffentlichen Urkunde ganz gleichzustellen.

D. E.

gläubiger die Priorität einer Forderung bestreiten, im Sinne des Gesetzes als Dritte zu betrachten sind. Es ist zwar richtig, daß, wo es sich um das Bestreiten oder Zugestehen von Handlungen des Gemeinschuldners frägt, insoweit dieselben Rechte und Verpflichtungen seines Contrahenten und der Gantmasse erzeugen sollen, die Gläubiger als Vertreter der Gantmasse auch die Handlungen des Gemeinschuldners als sie bindende Akte anerkennen müssen, und sie in dem Sinne nur als seine Rechtsnachfolger und nicht als Dritte angesehen werden dürfen, weil ja alle solche Vertragsrechte und Pflichten der Gantmasse nur in den Verträgen des Gemeinschuldners selbst ihren Ursprung finden. Allein wo der Gantanwalt, der vorzugsweise Vertreter der nicht bevorrechteten Gläubiger der fünften Ordnung, einem Gantgläubiger das angesprochene Recht der vorzugsweisen Befriedigung bestreitet, da handelt er nicht als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, dessen Handlungen er anzuerkennen hätte, sondern der Streit wird geführt unter den verschiedenen Gläubigern als solchen, deren jeder seine Ansprüche für sich, und ohne Rücksicht auf die frühere Stellung des Gemeinschuldners zu verfolgen berechtigt ist.

Hiernach hat die Urkunde über den zwischen Maier und Wackher abgeschlossenen Vertrag erst von dem Todestage des Ersteren, dem 13. September 1849 an sichern Tag und Ort.

Sie wirkt aber in ihrer Eigenschaft als Privaturkunde den Vorzug, „für ein Jahr vom Ende des laufenden rückwärts gerechnet." Da nun das Pachtjahr vom 1. Januar an jeweils gelaufen ist, so war Vorzugsrecht dem Bestandzins nur zuzusprechen vom Ende des laufenden Jahres 1849 an zurückgerechnet bis zu dessen Anfang, den 1. Januar 1849.

Insoweit daher der Gantrichter das Vorzugsrecht für den ganzen liquidirten aus Pachtzins herrührenden Betrag von 11,803 fl. 11 kr. dem Liquidanten eingeräumt hat, ist die Gantmasse allerdings beschwert; und es mußte das Ganturtheil dahin abgeändert werden, daß nur für den vom 1. Januar bis 13. September 1849 verfallenen Bestandzins dem Liquidanten Vorzugsrecht zustehe.

In gleicher Weise ist die Gantmasse dadurch beschwert, daß auch den Zinsen aus den verfallenen Bestandschillingen von dem Gantrichter das Vorzugsrecht aus L.R.S. 2102 zuerkannt worden ist.

Vorzugs- und Unterpfandsrechte finden ihre gesetzliche Begründung in Ausnahmsbestimmungen. Dieselben sind daher einschränkend und nicht ausdehnend zu interpretiren. —

Der allgemeine Rechtssatz, daß eine Nebensache in allen rechtlichen Beziehungen denselben Grundsätzen unterworfen sei, welchen auch die Hauptsache ihrer Natur nach folgt, ist somit auch auf die Zinsen aus einer mit Vorzugs- oder Unterpfandsrecht bekleideten Forderung nur insoweit anwendbar, als die Verzinslichkeit nicht einer zufälligen äußeren Veranlassung ihre Entstehung verdankt, sondern der Natur der Forderung nach mit dieser innerlich zusammenhängt, und nach dem ausdrücklichen oder vermutheten Willen des Gesetzgebers dieselbe Gunst wie die Hauptforderung genießen soll. Denn was das Vorzugsrecht anbelangt, so ist dieß nach L.R.S. 2095 „ein aus der Eigenschaft der Forderung entspringendes Recht des Gläubigers, Andern, selbst Unterpfandsgläubigern vorzugehen.

Prüft man nun die nach den L.R.S. 2101. 2102. 2103 und 2105 mit Vorzugsrecht bekleideten Forderungen, so sind solche, mit Ausnahme einer einzigen, alle der Art, daß sie nicht kraft Gesetzes Zinsen tragen.

Diese ist die Kaufschillingsforderung für eine Früchte tragende Liegenschaft. L.R.S. 2103. 1. 1652 Ziff. 2.

Von dieser allein kann daher auch behauptet werden, daß die Zinsen dieselbe gesetzliche Eigenschaft wie die Hauptforderung des Kaufschillings haben — und durchgeht man insbesondere die mit Vorzugsrecht auf Fahrnisse bekleideten Forderungen der L.R.S. 2101 und 2102, so zeigt sich, daß selbst nach dem Willen der berechtigten und pflichtigen Parteien es äußerst selten vorkommt, solchen Forderungen die Verzinslichkeit zu gewähren. Wo aber weder nach des Lebens gewöhnlichen Vorkommnissen, noch nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers eine Forderung verzinslich ist, da kann die nur durch specielles Uebereinkommen hervorgerufene Verzinslichkeit nicht als eine in der Natur der Hauptsache begründete Eigenschaft derselben angesehen, und ebenso wenig vermuthet werden, daß der Gesetzgeber eine solche Nebenforderung mit der ausnahmsweisen Gunst des Vorzugsrechtes habe bedenken wollen. Dies findet noch eine weitere Bestätigung in dem Satze 2151 des Landrechts, wonach selbst solche unterpfändlich gesicherte Forderungen, welche als „verzinsliche Kapitale" zum Unterpfandsbuch eingetragen sind, nur für den zweijährigen und laufenden Zins Unterpfandsrecht genießen. Hiedurch hat der Gesetzgeber hinlänglich zu erkennen gegeben, daß er die

Digitized by Google

Gunst, welche er den vorzugsweise gesicherten Hauptforderungen zugewendet hat, nicht auch auf die Zinsen derselben ausdehnen wolle.

Hiernach waren die Zinsen aus den verfallenen Bestandschillingen, insoweit Letztere nicht bezahlt sind, nicht in die zweite, sondern in die fünfte Ordnung zu setzen; und darnach das Ganturtheil abzuändern. —

Einen weiteren Gegenstand des Streits bildete die Frage, auf welche Schuld die von Maier an Wackher geleisteten Zahlungen aufgerechnet werden sollten. Die Gantmasse behauptete, sie seien sämmtlich auf die durch Eintragung des Liquiderkenntnisses vom 12. Januar 1848 unterpfändlich versicherte Schuld, welche nach L.R.S. 1256. 1256 a die wichtigste sei, aufzurechnen, während Wackher sich auf die anerkannten Conto-Currente berief.

Das Hofgericht hielt jedoch dafür, das die über die Conto-Currente-Zahlungen *) herrschende (— jedoch vielfach bestrittene —) Ansicht, daß die einzelnen Zahlungen als ohne Rücksicht auf die bestehenden Forderungen geleistet zu betrachten, und erst bei dem Abschlusse des Conto-Currente die Gesammtsumme des Haben von der Gesammtsumme des Soll in Abzug zu bringen sei, hier gar nicht Platz greifen könne. „Denn — sagen hierüber die Entscheidungsgründe — das ganze Geschäftsverhältniß, wie es sich aus der Aufstellung des der Klage beigeschlossenen Conto-Currente ergibt, ist nicht ein gegenseitiges, in welchem sich Forderungen und Gegenforderungen, Leistungen und Gegenleistungen (in Waare oder Geld) unmittelbar gegenüber stehen, so daß immer erst mit dem Abschlusse des Conto-Currente, dem Ziehen des Saldo zu Gunsten des einen Theils sich für diesen eine feststehende Forderung, für den andern das Bestehen einer Schuld herausstellt, sondern in vorliegendem Falle ist nur der Eine — Wackher — der forderungsberechtigte, der Andere — Maier — der zahlungspflichtige Theil. Die Aufrechnung der Forderungen und Zahlungen in Soll und Haben stellt daher etwas Weiteres nicht dar, als eine kaufmännische Art der Buchung, welche dem beiderseitigen Forderungs- und Schuldverhältniß den Charakter einer laufenden Rechnung nicht verleihen kann." —

Die Forderungen, welche Wackher am 12. Januar 1848 im Namen von zehn anderen Gläubigern Maiers eingeklagt, und dafür Liquiderkenntniß erwirkt hatte, waren nicht als verzinsliche Forderungen in das Unterpfandsbuch eingetragen worden. Dagegen waren sie als verzinslich angemeldet, und für sie nebst Zinsen richterliches Unterpfandsrecht begehrt worden. Der Gantrichter gab auch hier dem Anspruche nach, obschon die Gantmasse für alle diese Forderungen, deren Existenz und Verzinslichkeit sie indessen nicht bestritt, das angesprochene Pfandrecht und zwar hauptsächlich auf den Grund bekämpft hatte, daß zur Zeit der Erwirkung des Liquiderkenntnisses und des Eintrags in das Unterpfandsbuch der Vermögenszustand Maiers schon in materielle Gantmäßigkeit übergegangen, und dies den liquidirenden Gläubigern bekannt gewesen, ihnen somit das Recht auch nicht mehr zugestanden sei, das Vermögen ihres Schuldners, das nach L.R.S. 2093 *) das gemeinsame Unterpfand aller Gläubiger bilde, durch Erwirkung des richterlichen Unterpfandsrechtes für sich allein in Anspruch zu nehmen.

Was nun die angesprochenen Zinsen anbelangte, so mußten diese, da die Verzinslichkeit zugestanden war, auch im Ordnungsbescheide ihre Stelle finden. In der dritten Ordnung war jedoch lediglich deßhalb, weil sie eine Nebensache zu der Hauptsache der Forderungen bilden nicht der ihnen von dem Gesetze zugewiesene Platz. Denn „die Forderungen, aus welchen sie entsprangen, waren weder als verzinsliche eingeklagt, noch waren sie in das Erkenntniß, welches sie für liquid erklärte, als solche aufgenommen, und so zum Pfandbuche eingetragen worden. Wenn nun L.R.S. 1251 sogar den Zinsen von solchen Forderungen, welche als verzinsliche Kapitale zum Unterpfandsbuche eingetragen worden sind, einen Anspruch auf Unterpfandsrecht nur für zwei Jahre und das laufende gibt, so geht daraus mit Gewißheit hervor, daß der Gesetzgeber, welcher Vorzugs- und Unterpfandsrechte nur als ausnahmsweise Wohlthaten einzelnen Forderungen gewährt, L.R.S. 2093. 2094. einer Forderung, welche nicht einmal als eine verzinsliche in das Unterpfandsbuch eingetragen ist, die Gunst des Unterpfandsrechtes auch für die Nebenforderung der Zinsen nicht habe einräumen wollen.

Es mußten daher die Zinsen aus der dritten in die fünfte Classe verwiesen werden."

Unbegründet dagegen wurde befunden die Beschwerde, „daß in der Erwirkung des Liquiderkenntnisses vom 12. Januar, und des Eintrags vom 14. Januar 1848 ein

*) Ladenburg in Annalen 1850. No. 39 S. 207. D. E.

*) Annalen 1853 S. 79.

gefährdevoller Act liege, welcher den übrigen Gläubigern gegenüber zu Recht nicht bestehen könne."

Diese (oben kurz angedeutete) Argumentation der Gantmasse beruht jedoch auf einem Verkennen des L.R.S. 2093

Es liegt keine Gefährde gegen Andere darin, daß Jemand seine eigene Rechte verfolgt, und es ist Niemand verpflichtet, dafür zu sorgen, daß ein Anderer mit Ansprüchen, die er selbst noch nicht einmal erhoben hat, befriedigt werde. Wenn daher ein Gläubiger seine Forderungen einklagt, und das ergangene Erkenntniß zum Unterpfandsbuche eintragen läßt, so hat er dadurch nur von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht, und nicht des Recht eines Andern verletzt.

Gerade dadurch hat er bewirkt, daß der erste Theil des L.R.S. 2093 auf ihn nicht anwendbar ist, und daß eine „rechtmäßige Ursache eintrete, ihn als einen „einzelnen Gläubiger den andern vorgehen zu lassen," wie sich L.R.S. 2093 am Schlusse ausdrückt.

Wenn dieser L.R.S. das ganze Vermögen des Schuldners nicht nur als das gemeinschaftliche Unterpfand bezeichnet, sondern auch davon spricht, daß der Erlös aus demselben unter alle nicht bevorrechtigten Gläubiger gleichmäßig zu vertheilen sei, so hat er eine Concurrenz gleichberechtigter, zu gleicher Zeit auftretender Gläubiger im Auge, womit auch §. 1039 Ziff. 2 Pr.O. übereinstimmt, welcher von dem Einspracherechte eines dritten Gläubigers handelt, wenn zur Befriedigung seiner Ansprüche keine freien angreifbaren Vermögenstheile vorhanden sind.

Erfolgt aber eine solche Einsprache, wozu jeder Gläubiger berechtigt ist, nicht, und es wird auch nicht durch ein Ganterkenntniß eine Vermögensunzulänglichkeit ausgesprochen, so steht es jedem Gläubiger frei, ebensowohl durch den Eintrag eines gerichtlichen Urtheils und damit richterliches Unterpfandsrecht, als durch den Eintrag eines ihm durch den Schuldner bewilligten, und damit durch bedungenes Unterpfandrecht sich eine vor den andern, nicht in gleicher Weise vorsichtig und sorgfältig zu Werke gehenden Gläubigern gesichertere Stellung zu verschaffen.

Daß aber der Erwerb eines solchen Pfandrechts, selbst bei vorhandener materieller Gantmäßigkeit durch das Gesetz noch erlaubt ist, zeigen gerade §. 794 Pr.O. und A.S. 210 des Landrechts, welche nur in den letzten 10 Tagen vor dem Gantausbruche den Erwerb eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes auf die Güter des Gemeinschuldners untersagen, während doch bekanntlich gerade im Handelsrechte nicht die materielle Gantmäßigkeit es ist, welche den Zeitpunkt bestimmt, auf welchen der Ausbruch des Zahlungsunvermögens festzusetzen ist, sondern das Einstellen der Zahlungen durch den Handelsmann. Hätte daher der Gesetzgeber den Erwerb eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes schon dann für eine civilrechtlich unerlaubte Handlung erachtet, wenn eine Ueberschuldung des Vermögens vorhanden ist, so würde er diese seine Willensmeinung statt der beschränkten Vorschrift in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen des §. 794 Pr.O. und des A.S. 210 des Landrechtes ohne Zweifel mit unzweideutigen Worten ausgesprochen haben.

Ottendorff.

II.

Ueber die Anwendung des L.R.S. 1098 auf freigebige Verfügungen, welche in einem Ehevertrag zu Gunsten des neuen Ehegatten gemacht werden, und über die Berechnung des Werthes der Schenkung.

In Sachen des Joseph Kuttruff als Ehemann der Maria Weber und Genossen gegen Ambros Schweikart, Erbtheilung, beziehungsweise Minderung betreffend, wurde vom großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 16. Dezember v. J. das hofgerichtliche, die Kläger abweisende, Urtheil abgeändert und das amtliche Urtheil, wodurch auf Minderung der Schenkung erkannt worden war, mit einer Beschränkung wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger verlangen eine Theilung des Nachlasses ihrer Mutter, der im Jahr 1845 verstorbenen Ehefrau des Beklagten, beziehungsweise die Theilung der Gemeinschaft, welche zwischen ihr und dem Beklagten bestanden hatte. —

Dieses Begehren erscheint jedoch als unstatthaft, insofern sich die Kläger im Verlaufe der Theilungsverhandlungen der fraglichen Gemeinschaft entschlagen haben. Dieselben verlangen jedoch auch die Rückgabe des Eingebrachten-

Digitized by Google

ihrer Mutter, beziehungsweise die Minderung der freigebigen Verfügungen, welche dieselbe im Ehevertrage zu Gunsten des Beklagten gegen die Vorschrift des L.R.S. 1098 gemacht haben soll, — und insofern erscheint die Klage im Allgemeinen rechtlich begründet. —

Der Ehevertrag vom 26. September 1829 enthält nämlich schon insoferne eine Begünstigung für den Beklagten, als die allgemeine Gütergemeinschaft festgesetzt wurde, in Folge welcher die Mutter der Kläger ein liegenschaftliches Vermögen von 2901 fl. 6 kr. nach damaliger Schätzung, ferner Fahrnisse im Betrage von 893 fl. 35 kr., worauf ein Gleichstellungsgeld an die Kläger mit 1887 fl. 19 kr. haftete — beibrachte — während der Beklagte nur 720 fl. 31 kr. in Geld oder Fahrnissen eingelegt hat. —

Eine solche Bestimmung enthält schon an und für sich eine Freigebigkeit zum Nachtheile der Kinder erster Ehe, welche als Schenkung unter Lebenden zu betrachten, daher bei Beurtheilung des Pflichttheils der Kinder, beziehungsweise des Vorbehalts des L.R.S. 1098 zu berücksichtigen ist. L.R.S. 922. 1098. 1496. 1527.

Es fragt sich daher lediglich, ob durch die Bestimmungen des Ehevertrags der Pflichtheil, beziehungsweise der Vorbehalt des S. 1098 überschritten ist.

Die Beantwortung dieser Frage ist lediglich aus L.R.S. 922 zu entnehmen, nach welchem sowohl der gewöhnliche Pflichttheil, als der besondere Vorbehalt des S. 1098 zu bemessen ist.

Troplong, donat. 2735.

Nach S. 922 muß nun der Betrag der Schenkungen unter Lebenden, resp. der Werth zur Zeit des Erbanfalls angeschlagen und zu dem Nachlaß hinzugerechnet werden. Zu diesen Schenkungen unter Lebenden gehört aber der Vortheil welchen der Beklagte, durch die Art der Gütergemeinschaft gezogen hat, und der Werth dieses Vortheils muß nach der Wirkung jener Gemeinschaft zur Zeit des Todes der Ehefrau bemessen werden, wie sich dieses aus dem L.R.S. 922 und 1527 ergibt. Es ist sonach das liegenschaftliche Beibringen der Ehefrau in den Nachlaß zu ziehen, und nach dem Werth zur Zeit des Todes derselben zu berechnen, wie es auch ohne die fragliche freigebige Verfügung geschehen müßte.

Von diesem Werthe und etwaigen weiteren Nachlaß ist alsdann der Pflichttheil zu berechnen, d. h. hier nach der Zahl der Kläger und der Bestimmung des L.R.S. 913 den Klägern zu drei Viertheilen zuzuscheiden, wie solches die Klage auch verlangt. Hiebei kommt es auf die weitere Bestimmung des Ehevertrags, daß der Beklagte unter gewisser Voraussetzung den ganzen Nachlaß der Ehefrau erben soll, nicht an; denn wenn diese Bestimmung auch auf den vorliegenden Fall passen sollte, so könnte Beklagter keinenfalls mehr als ein Kindestheil, also ¼ erhalten, und eben so viel erhält er schon nach dem Geding der Gütergemeinschaft, wie nach dem Begehren der Kläger.

Der Umstand, daß das liegenschaftliche Einbringen der Ehefrau des Beklagten veräußert ist, erscheint für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nach Ansicht der L.R.S. 922. 930 ohne Erheblichkeit.

Was nun den Vermögensbetrag betrifft, der den Klägern zuzuscheiden ist, so wird sich im Allgemeinen auf die Berechnung und Ausführung des Richters erster Instanz, wogegen die Oberappellanten keine Einwendung erhoben haben, bezogen. Danach ist der Werth des liegenschaftlichen Beibringens der Mutter der Kläger auf 10.091 fl. anzunehmen, woran jedoch — als auf dem ganzen Vermögen haftende Lasten — in Abzug kommen, das den Klägern bereits ausgefolgte väterliche Erbe mit 1887 fl. 19 kr., 20 fl. vom Beklagten bezahlte Schulden, sowie der, von den Partheien auf 491 fl. vereinbarte Betrag für vom Beklagten berichtigtes Gült- und Zinsablösungskapital im Ganzen somit 2398 fl. 19 kr., so daß ein Vermögensbetrag von 7692 fl. 41 kr. verbleibt, wovon es die Kläger drei Viertheile mit 5769 fl. 31 kr. trifft.

Der Richter der I. Instanz hat nun zwar diesen Dreiviertheilen des Vermögens noch das Sondergut der klägerischen Mutter mit 800 fl. beigeschlagen, jedoch mit Unrecht, denn nicht nur, daß die Berechnung des Pflichttheils und die Minderung nach L.R.S. 922 am ganzen Vermögen des Erblassers zu bewirken ist, deßhalb auch die Zuscheidung des ganzen Sondergutsbetrags an die Kläger allein nicht statthaft wäre, so besteht hier auch das ganze Vermögen des Erblassers nach dem Verlangen der Kläger selbst nur aus dem Werthe der Liegenschaften, welche das Beibringen ihrer Mutter gebildet hatten, und welcher Werth der Pflichttheilsberechnung auch wirklich zu Grunde gelegt worden ist, so daß nur eine Beirechnung eines weiteren Vermögenstheils nicht mehr stattfinden kann, das Sondergut vielmehr als in dem ersteren Vermögensbetrage schon einbegriffen erachtet werden muß. Hgr.

Digitized by Google

III.

Thatbestand der Urkundenfälschung.

Dieser Thatbestand ist nicht nur dann vorhanden, wenn der Fälscher den durch die gefälschten Urkunden Getäuschten eben durch diese Täuschung veranlaßt, unmittelbar ihm selbst einen Vermögensvortheil einzuräumen, sondern auch dann, wenn er ihn dadurch veranlaßt, einem mit der ganzen Manipulation unbekannten Dritten einen unberechtigten Vermögensvortheil zuzuwenden, welchen alsdann der Fälscher benutzt, um mittelbar einen betrügerischen Erwerb zu machen. Es kommt nichts darauf an, ob der Fälscher auch die von ihm gefälschten Urkunden unterzeichnet oder nicht.

Str.G B. §. 423. 430.

Bei allen größeren Werkstätten bestehen Listen, in welchen die Namen der Taglöhner, ihre Arbeitszeit und ihr Verdienst von den aufsehenden Werkführern täglich eingetragen werden. Diese Listen dienen nicht nur zur Controle der Arbeiter, sondern sie bilden auch die Grundlage, auf welche hin die Zahlung den Arbeitern verabreicht wird. Diese Einrichtung besteht auch bei der Maschinenfabrik Karlsruhe. Der Werkführer soll dort die Grundlisten in einem Buche führen, und alle vier Wochen einen Auszug daraus fertigen, welchen der Vorstand der Werkstätte zu unterschreiben hat, worauf von dem Cassier nach dem Stande der Forderungen die Berechtigten ausgezahlt werden.

Zur Erleichterung des Werkführers war dem Werkschreiber Karl Schuckert in Karlsruhe die Fertigung der Listen übertragen. Dieser benützte die Gelegenheit, um sich betrügerischer Weise zu bereichern. Er schrieb theils schon in dem Buche einzelnen Arbeitern mehr Arbeitstage oder Stunden ein, als sie gearbeitet hatten, theils fertigte er unrichtige Auszüge aus dem Buche, indem er in den Zahlungslisten Arbeitern ihre Arbeitszeit, und damit ihre Forderungen erhöhte. Diese Unrichtigkeiten wurden übersehen und von dem Kassier die unrichtigen Forderungsbeträge den Arbeitern ausgezahlt. Von diesen forderte nun der Angeschuldigte das zur Ungebühr Empfangene zurück, unter der Angabe, es habe ein Irrthum im Eintrage statt gefunden. Die also erlangten Beträge behielt Schuckert für sich.

Der mittelrheinische Gerichtshof verurtheilte deßhalb Schuckert wegen in fortgesetzter That verübter Fälschung von Privaturkunden in gewinnsüchtiger Absicht zum Zwecke der Verübung eines Betrugs zum Nachtheile der Maschinenfabrik in Karlsruhe zu Gefängnißstrafe.

Entscheidungsgründe.

„— — — Das Vergehen, dessen Schuckert hiernach schuldig erklärt wurde, fällt unter die §§. 430. 423 des Str. G B. Daß der Angeschuldigte die Listen nur schrieb, nicht unterschrieb, und die Falscheit der Aufzeichnung nur im Inhalte liegt, kann in dieser Hinsicht seiner That den Charakter der Urkundenfälschung nicht entziehen. Es war auch die That in allen Fällen schon vollführt, da von den falschen Urkunden überall schon Gebrauch gemacht war u. s. w." O.

IV.

Eideszuschiebung zum Beweise des geschehenen Beischlafs,

verbietet ausdrücklich das Gesetz vom 21. Februar 1851 die Ernährung unehelicher nicht anerkannter Kinder betreffend, und läßt nur die Auferlegung des Notheides an den Beklagten oder an die dem Streite beigetretene oder dazu beigeladene Mutter zu.

Wie aber, wenn von dem Vormunde des klagenden Kindes ein Vermuthungsbeweis angetreten, und zum Beweise der einzelnen die Vermuthung begründenden Thatsachen dem Beklagten der Eid zugeschoben wird? Muß man hier annehmen, daß der Grund des Verbots der Eideszuschiebung über die Thatsache des Beischlafes selbst hier eintrete, daß also auch eine Eideszuschiebung über solche Vermuthungsthatsachen unstatthaft sei, indem hier der Beklagte anstatt unmittelbar den Beischlaf zu beschwören, nunmehr den Eid zwar nicht über den Beischlaf, aber über andere Thatsachen zu leisten hat, deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein für den Richter dasselbe Ergebniß liefert, wie wenn der Beischlaf selbst vorhanden oder nicht vorhanden ist?

oder aber muß man davon ausgehen, daß der §. 6 des erwähnten Gesetzes eine Ausnahmebestimmung enthalte, welche nicht ausgedehnt werden dürfe, da die P.O. in §. 525 die Eideszuschiebung sogar über unerlaubte Handlungen und Verbrechen zulasse?

Das Hofgericht des Mittelrheinkreises hat sich in dem Rechtsstreite Kistner, als Pfleger des Rinschler gegen Strack von Bühl für letztere Ansicht ausgesprochen.

Digitized by Google

Hier hatte der Kläger behauptet, die Mutter des unehelichen Kindes habe, als sie sich schwanger gefühlt, dem Beklagten hievon Eröffnung gemacht, worauf dieser ihr erklärt habe, er werde sie nicht verlassen, und an dem von ihm erzeugten Kinde Vaterstelle vertreten; und ihr zur Bestreitung der Kindbettkosten eine Forderung abgetreten habe.

Ueber diese Behauptung war dem Beklagten der — von dem Untergerichte für unzulässig erachtete — Eid zugeschoben worden, und als noch einige, jedoch wenig erhebliche Indizien durch Zeugen erwiesen worden waren, wurde im zweiten Rechtszuge auf diesen Eid erkannt. Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„— Die in der Eidesformel enthaltene Zusage wäre auch vor der Wirksamkeit des neuen Gesetzes vom 21. Februar 1851, soferne sie angenommen worden, wirksam gewesen — und daran ist durch das neuere Gesetz nichts geändert, welches nur die Eideszuschiebung über die Thatsache des Beischlafs selbst ausschließt, und in dieser Beziehung nur einen Reinigungseid des Beklagten, oder einen Erfüllungseid der Mutter solcher klagenden Kinder zuläßt, also verlangt, daß diese Thatsache anderweit durch Beweis mehr oder weniger unterstützt sei, ehe sie auf den Eid gegeben werden dürfe. Bezüglich anderer Umstände, aus denen der Beweis einer Ernährungsklage hervorgehen soll, ist aber die Eideszuschiebung nicht ausgeschlossen, also nach der gesetzlichen Regel des §. 424. 425 Pr.O. als zulässig zu erachten. Eine solche Zusage aber ist, seit der Wirksamkeit des neuen Gesetzes offenbar — auch abgesehen von ihrer Annahme — für die Behauptung des Beischlafs ein so dringender Vermuthungsgrund, daß unter Umständen wenig, oder gar keine Unterstützungsbeweise nöthig sind, um denjenigen, der eine solche Zusage gethan hat, für schuldig zu erklären, ein Kind, in Bezug auf welches die Zusage geschehen ist, zu ernähren." Otf.

V.

Beschwerdeführung des Staatsanwalts gegen Erkenntnisse der Anklagekammer.

§. 82 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

In der Untersuchungssache gegen Anna Götz wegen Kindsmords und Johann Christian Götz wegen Theilnahme daran, wurde von der Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises erkannt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff die Staatsbehörde die Beschwerdeführung, weil so wie geschehen erkannt und nicht vielmehr diese Sache wegen Kindsmords beziehungsweise Theilnahme daran an das Schwurgericht, oder doch wegen absichtlich hilfloser Niederkunft oder fahrlässiger Kindestödtung an das Hofgericht verwiesen worden sei.

Vom großh. Oberhofgericht wurde aber durch Erkenntniß vom 31. Dezember v. J. diese Beschwerde theils als undegründet, theils als unzulässig verworfen.

In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Der großh. Staatsanwalt beschwert sich gegen das Erkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 20. November v. J., weil damit Christian Götz und dessen Adoptivtochter Anna Götz nicht wegen des Verbrechens des Kindsmordes vor das Schwurgericht verwiesen, vielmehr wegen dieses Verbrechens aus Mangel an genügendem Beweise außer gerichtliche Verfolgung gesetzt worden sind.

Diese nach § 82 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 an sich zulässige Beschwerde erscheint jedoch nach Lage der Akten materiell nicht als begründet.

Die gegen die Angeschuldigten vorliegenden Verdachtsgründe lassen nemlich in hohem Grade zweifelhaft, ob die äußerst zweckwidrige Handlungsweise des Christian Götz und seiner Tochter bei der Geburt des Kindes, durch welche der Erstickungstod des Kindes herbeigeführt worden ist, die Folge eines auf die Tödtung des Kindes gerichteten Vorsatzes war (§. 215 des Str.G.B.) oder nicht vielmehr die bloße einstweilige Erleichterung der in heftige Krämpfe (Wehen) verfallenen Anna Götz bis zum Erscheinen anderweiter Hilfe beabsichtigte (wie dies in den Motiven noch weiter ausgeführt ist).

Mußte aber hiernach die Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Seekreises annehmen, daß es an einem genügenden Beweise des auf Kindestödtung gerichteten Vorsatzes der Angeschuldigten mangle, so erscheint auch nach §. 79 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Nichtverweisung derselben vor die Geschworenen als gerechtfertigt.

Die eventuelle Beschwerde des großh. Staatsanwaltes darüber, daß die genannten Angeschuldigten nicht mindestens wegen absichtlich herbeigeführter Niederkunft durch die Anklagekammer vor das großh. Hofgericht des Seekreises zur Aburtheilung verwiesen worden seien, ist aber unzulässig, weil ein deßfallsiger Antrag weder von Seiten des großh. Staatsanwalts an die Anklagekammer gestellt, noch von dieser verworfen worden ist, und weil überhaupt nach den §§. 34 und 35 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Aburtheilung wegen absichtlich hilfloser Niederkunft dem großh. Hofgerichte, ohne daß es hiezu einer besondern Verweisung durch die Anklagekammer bedarf, zukommt, und darum dem Staatsanwalte nach §. 36 des allegirten Gesetzes von 1851 erst dann ein Rechtsmittel zusteht, wenn das großh. Hofgericht selbst ein nach der Ansicht des Staatsanwaltes dem Gesetze nicht entsprechendes Erkenntniß gegeben haben sollte.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 8.

I.

Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung.

1) Kann eine Partei, nach entschiedener Sache, dasjenige von dem siegenden Theil in Form einer Klage wieder fordern, was sie in dem erledigten Rechtsstreite durch Versäumung einer Einrede verloren hat?
2) Sollte die unterliegende Partei erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils zur Kenntniß der die Einrede bildenden Thatsache gelangt sein, so stände ihr das Rechtsmittel der Wiederherstellungsklage, und nur dieses zu Gebot.
3) Aber in keinem Falle kann die obsiegende Partei, weil sie in dem erledigten Prozesse eine dem Gegner günstige Thatsache verschwiegen hat, nachmals von diesem wegen unrechter That auf Entschädigung belangt werden.

Meersburg gegen Hogg.

Am 13. Juli 1841 verkaufte Samuel Erlanger an Joseph Löble mehrere Liegenschaften um die Summe von 3600 fl. Die hierüber errichtete Urkunde bestimmt unter anderem:

> daß es dem Käufer gestattet sei, auf sämmtliche hier verkaufte Realitäten ein Kapital von 1000 fl. aufzunehmen, um damit eben so viel am Kaufschillinge abzutragen. Dem betreffenden Gläubiger wird von Seite des Verkäufers für obige Summe erstes Unterpfandsrecht eingeräumt und der Verkäufer behält sich bis zur gänzlichen Abzahlung des Kaufschillings und Zinsen zweites Unterpfandsrecht vor.

Der Kaufvertrag ist am 19. Dezember 1841 zum Kauf- und Tauschbuch eingetragen.

Nachdem S. Erlanger seine Forderung an die Handels-Gesellschaft Joseph Hogg und Comp. zu Eigenthum abgetreten hatte, gerieth J. Löble 1847 in Gant, wo dann die gedachte Gesellschaft einen Kaufschillingsrest von 2463 fl. 39 kr. nebst Zinsen vom 25. April 1848 liquidirte und dafür gesetzliches Vorzugsrecht vom 19. Dezember 1841 beanspruchte. Der Ordnungsbescheid entsprach diesem Antrag in dritter Klasse.

Außerdem hatte die Spitalstiftung Meersburg auf Pfandurkunde vom 8. Januar 1842 ein Darlehen von 1000 fl. nebst rückständigen Zinsen angemeldet, womit sie, von genanntem Tage an, gleichfalls in die dritte Ordnung gesetzt worden ist.

Beide Gläubiger beruhigten sich hiebei, und ebenso bei dem Vertheilungsbescheid, nach welchem die Forderung des Spitals ganz in Verlust fiel, weil die Gesellschaft Hogg und Comp. den Liegenschaftserlös vorweg gezogen hatte.

Gegen diese Gesellschaft nimmt nun die Spitalstiftung ihren Rückgriff, gestützt auf die Behauptung, daß sie dem J. Löble zur theilweisen Abzahlung des Kaufschillings 1000 fl. gegen erstes Unterpfandsrecht dargeliehen und also auf den Grund der im Kaufvertrag vom 13. Juli 1841 enthaltenen Clausel das Recht habe, die Herauszahlung dieser Summe von der Beklagten zu fordern, weil sie als Rechtsfolger von S. Erlanger verpflichtet sei, ihr gegenüber zurückzustehen, und folglich das zur Ungebühr Empfangene herauszugeben.

Diese Ersatzverbindlichkeit entspringe aus einer unrechten That, welche darin bestehe, daß die Beklagte, der jetzigen Klägerin gegenüber, den Vertrag vom 13. Juli 1841 nicht redlich vollzogen, vielmehr durch Geltendmachung eines Vorrangs vom 19. Dezember 1841 und

Digitized by Google

durch Verschweigung des wahren, dem Spital Meersburg damals noch unbekannten Sachverhalts, auf dessen Kosten einen unerlaubten Gewinn sich verschafft habe.

Beklagterseits wurde allererst die Einrede der fehlenden Activlegitimation vorgeschützt, weil die klagende Spitalstiftung nirgends behaupte, das Eingangs angeführte Geding — eine res inter alios acta — sich im Sinne des L.R.S. 1121 schon vor der Gantseröffnung gegen J. Löhle eigen gemacht zu haben.

Zur Sache selbst will die Beklagte in der Löhle'schen Gant nur ihr gutes Recht geübt und den Verlust, welchen das Spital dort erlitten, nicht entfernt verschuldet haben, da sie keinenfalls verpflichtet gewesen sei, die Klägerin über ihre Rechte zu belehren und zu deren Geltendmachung anzuleiten. Der in der Löhle'schen Gant dem Spitale Meersburg zugegangene Verlust sei daher ein selbstverschuldeter, wegen dessen keine Entschädigungsklage statt finde. L.R.S. 1148a.

Aber auch davon abgesehen, müsse es bei dem rechtskräftigen Ordnungs- und Vertheilungsbescheid, wodurch das Rechtsverhältniß der Klägerin zum Beklagten in Ansehung des Vermögens ihres gemeinschaftlichen Schuldners festgestellt sei, so lange verbleiben, bis die Spitalstiftung dagegen Wiederherstellung erlangt habe.

Der Unterrichter wies die Klage ab, nicht nur, weil es dem Spital, welches sich das Geding vom 13. Juli 1841 überall nicht zu eigen gemacht, an der Activlegitimation fehle, sondern auch deßhalb, weil der beklagten Gesellschaft keine unrechte That zur Last falle.

Den zweiten Grund adoptirte auch das großh. Hofgericht, welches zugleich den fraglichen Schaden für einen selbstverschuldeten erklärte, weil sich die Klägerin der ihr aus dem Kaufvertrage vom 13. Juli 1841 gegen Erlanger, jetzt dessen Rechtsfolger, zustehenden Einrede des theilweisen Verzichts auf das gesetzliche Vorzugsrecht des Kaufschillings in der Gant des J. Löhle keinen Gebrauch gemacht habe.

Es erfolgte deßhalb ein bestätigendes Urtheil, obgleich das großh. Hofgericht die Klägerin für legitimirt hielt, weil sie sich durch Erhebung der gegenwärtigen Klage das fragliche Geding zu eigen gemacht hat, noch ehe Löhle, der es sich bedungen, davon abgegangen ist.

In dritter Instanz wurde von Seiten der Klägerin folgender Gesichtspunkt aufgestellt:

Wenn E. Erlanger den 1000 fl., welche Löhle bei der Spitalstiftung geliehen und auf den Kaufschilling abgezahlt habe, einen Unterpfandsvorzug vor seinem Restschilling einräumte, so mußte er bei der spätern Zwangsversteigerung des Unterpfands, bis zum Betrag der besagten 1000 fl. nebst Zinsen, den Erlös der Spitalstiftung überlassen und durfte von diesem Erlöse zur Befriedigung seiner eigenen Forderung nur dasjenige behalten, was nach Deckung der Forderung der Spitalstiftung noch übrig blieb. Nur mit dieser Beschränkung sei der Erlanger'sche Kaufschillingsrest auf die jetzige Beklagte übergegangen. Die Stiftung wäre berechtigt gewesen, ihr, der Beklagten vorgehendes, Unterpfandsrecht in der Löhle'schen Gant geltend zu machen, und daß sie dieß unterlassen, hätte ihr von der Beklagten in dem gegenwärtigen Prozesse allerdings dann mit Wirkung entgegen gehalten werden können, wenn der Unterpfandserlös in der Löhle'schen Gant in andere Hände übergegangen und so verloren worden wäre. Da aber dieser Erlös in die Hände der Gesellschaft Hogg und Comp. selber, also gerade derjenigen Person geflossen sei, welche, wie ihr Cedent Erlanger — wäre dieser noch selber Eigenthümer des Kaufschillings gewesen — verpflichtet sei, denselben der Stiftung zu überlassen, so erscheine die von der Letzteren geschehene Unterlassung der Geltendmachung in der Löhle'schen Gant vollkommen gleichgültig, weil durch diese Unterlassung das Rechtsverhältniß zwischen der Spitalstiftung und der Gesellschaft Hogg und Comp. im mindesten nicht geändert und weil der Vortheil, den die Stiftung gegenüber von Hogg und Comp. anzusprechen habe, sich noch in den Händen ihres Schuldners unverändert befinde, weil ferner dem Spital der L.R.S. 1134 Abs. 3 zur Seite stehe.

Diese Deduction fand jedoch bei dem höchsten Gerichtshof keinen Eingang, indem das hofgerichtliche Urtheil am 26. Februar l. J. in dritter Instanz bestätigt wurde.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Durch das Ganturtheil im Gantverfahren gegen J. Löhle, wurde rechtskräftig entschieden, daß der Erlös aus den von Erlanger an Löhle verkauften Liegenschaften dem J. Hogg und Comp. in erster Reihe zuzuweisen sei. Wenn nun das Spital Meersburg, welches in jenem Concurse ebenfalls als Gläubiger betheiligt war und Unterpfandsrecht auf die gleichen Liegenschaften in Anspruch nahm, nach beendigtem Concurse dasjenige, was dem J. Hogg durch Ganturtheil zuerkannt worden ist, ganz oder theil-

Digitized by Google

weise von ihm herausfordert, und diese Forderung mit der Behauptung zu begründen sucht, daß Erlanger auf das Vorzugsrecht zu Gunsten des Spitals verzichtet und somit kein Recht gehabt habe, jenes Vorzugsrecht gegenüber dem Spital in Anspruch zu nehmen, so ist diesem Vorbringen mit Recht entgegengehalten worden, daß die Klägerin in Form einer Klage dasjenige wieder erlangen wolle, was dieselbe durch Versäumung einer Einrede, somit durch eigenes Verschulden verloren hat.

Sind nämlich die Behauptungen der Klägerin richtig, so war damit der Stoff zu einer Einrede gegeben, die das Spital in der Gant hätte vorbringen sollen, um das Recht des jetzigen Beklagten auf den Erlös zu bestreiten; denn der Anspruch auf das Vorzugsrecht war gegen jeden Mitliquidanten gerichtet, und konnte daher auch von jedem Mitliquidanten bestritten werden.

Ist nun das Vorbringen dieser Einrede gegen das Vorzugsrecht aus irgend einem entschuldbaren oder nicht entschuldbaren Grunde versäumt worden, so ist es in keinem Falle zulässig, die jener Einrede zu Grunde liegende Thatsache im Weg einer Klage zu benützen und damit die Rückgabe der dem J. Hogg urtheilsmäßig zugewiesenen Summe zu begehren, gleichviel, ob die dem Liquidanten entgegenstehende Einrede auf einer vertragsmäßigen Zusage oder auf einer anderen Thatsache beruhte.

So wenig derjenige, der auf sein Recht verzichtet, sich also verbindlich gemacht hat, es gegen den Verpflichteten nicht gerichtlich zu verfolgen, dann aber dieses dennoch thut und wegen Versäumung der Einrede des Verzichts, ein obsiegliches Urtheil erwirkt, auf den Grund dieser Thatsachen mit einer Klage auf Herausgabe des urtheilsmäßig Empfangenen vom früheren Beklagten belangt werden kann, ebensowenig kann dieses im vorliegenden Falle geschehen, indem in der Löble'schen Gantsache, soweit es sich um vorzügliche Befriedigung handelte, das Spital Meersburg und J. Hogg sich als Gegner gegenüberstanden, und zwischen ihnen rechtskräftig entschieden ist, daß die erste Befriedigung aus dem Erlöse der betreffenden Güter nicht dem Spital Meersburg, sondern dem J. Hogg gebühre.

Die Wirkungen dieses Urtheils könnten nur noch im Wege der Restitution beseitigt werden, wenn eine solche jetzt überhaupt noch zulässig wäre, nicht aber im Wege einer Entschädigungsklage.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

D. R.

II.

Oberhofgericht.

1) Der großh. Fiscus ist befugt, die im Jahr 1849 von der revolutionären Gewalt an Privaten dargeliehenen Staatsgelder zurück zu fordern.
2) Die formelle Ungültigkeit des Darlehens hebt die Verbindlichkeit nicht auf, das wirklich Empfangene zurück zu geben.
3) Auch bei einer widerrechtlichen Geschäftsführung kann der Geschäftsherr diejenigen Rechte in Anspruch nehmen, welche der Geschäftführer gegen Dritte für ihn erworben hat.

Fiskus gegen Heidelberg.

Gegen die in No. 3 S. 23 dieser Blätter mitgetheilte Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichts hat die Stadt Heidelberg die Oberappellation ergriffen und auszuführen gesucht, daß die erhobene Klage überall nicht auf Raub, Entwendung oder unrechte That gegründet, daß eine widerrechtliche Geschäftsführung nicht zur Erwerbung von Rechten geeignet, daß auch eine die Beklagte berührende Geschäftsführung um so weniger in Frage sei, als ja der großh. Fiscus selbst behauptet und anerkannt habe, die fraglichen 2000 fl. seien zu revolutionären Zwecken aufgenommen und verwendet worden.

Allein dieser Ausführung ungeachtet wurde das hofgerichtliche Urtheil am 12. Februar l. J. in dritter Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der klagende großh. Fiscus verlangt von der beklagten Gemeinde die Rückzahlung von 2000 fl., welche derselben während der Revolution im Jahre 1849 aus dem badischen Staatsvermögen geliehen worden sind. Diese Klage erscheint auch als wohl begründet.

Am 14. Juni 1849 wies nämlich der von der revolutionären Gewalt bestellte Kriegsminister Sigel die sog. Feldkriegskasse an, der Stadtgemeinde Heidelberg ein unverzinsliches Darleben in obigem Betrage vorzuschießen. Die Beklagte stellt auch nicht in Abrede, daß dieses Darleihen von dem hiezu bevollmächtigten Rathschreiber Bachmann in Empfang genommen, am 14. Juni 1849 provisorisch und am 19. Juni 1849 definitiv vom Gemeinderath in Einnahme decretirt und in die Stadtkasse gelegt wurde.

Digitized by Google

Hiernach kann zunächst die Activlegitimation des klagenden großh. Fiscus nicht bezweifelt werden. So gewiß es nämlich einerseits ist, daß der s. g. Kriegsminister Sigel nicht als Geschäftsführer und im Namen der gesetzmäßigen Regierung Sr. K. H. des Großherzogs das fragl. Darleihen vorgeschossen hat, ebenso steht auf der andern Seite fest, daß die damalige revolutionäre Regierung und ihre Repräsentanten nicht in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen und aus Privatmitteln, sondern einzig nur in ihrer usurpirten Eigenschaft als Vertreter des badischen Staats und aus dessen Mitteln das hier im Streit liegende Rechtsgeschäft vornahmen.

Und wenn auch diese Vertretung eine verbrecherische Anmaßung war, so hat deßhalb doch die Existenz des badischen Fiscus als eine juristische Persönlichkeit fortgedauert, weil diese Existenz unabhängig ist von dem Wechsel der Vertreter und von der revolutionären Anmaßung der Disposition über die Staatsgelder. Der badische Fiscus war also zweifellos der Geschäftsherr und da der Geschäftsherr auch bei einer widerrechtlichen Geschäftsführung diejenigen Rechte in Anspruch nehmen kann, welche der Geschäftsführer gegen Dritte für ihn erworben hat, der Dritte aber die Widerrechtlichkeit der Geschäftsführung nicht zum Vorwand nehmen kann, um seine Verbindlichkeiten zu bestreiten, so ist nicht einzusehen, warum die rechtmäßige Regierung nicht befugt sein soll, die Erfüllung der Verbindlichkeiten zu fordern, welche der Stadt Heidelberg durch das — wenn auch unbefugter Weise — gemachte Darlehen erwachsen sind.

Der angestellten Klage ist zwar die Einrede entgegen gesetzt und auch vom klagenden großh. Fiscus in thatsächlicher Hinsicht zugestanden worden, daß das fragliche Darleihen ohne Zustimmung der Gemeinde und ohne Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde abgeschlossen worden sei.

Allein diese Einrede ist unerheblich. Die formelle Ungültigkeit des Darleihens hebt die Verbindlichkeit nicht auf, das wirklich Empfangene zurückzugeben und es kommt daher nur darauf an, ob die Stadtkasse Heidelberg die fraglichen 2000 fl. wirklich empfangen, d. h. einen Vermögenszuwachs von 2000 fl. durch Auszahlung des Darleihens erhalten hat? Vergl. L.R.S. 1312 und 1926. Fragm. 27. Dig. XII. 1.

Dies kann aber im vorliegenden Falle in Bezug auf die beklagte Gemeinde schon aus den vom Hofgerichte angeführten Gründen nicht bezweifelt werden, und wenn man auch als feststehend annehmen wollte, daß das fragliche Darleihen in seinem ganzen Betrag zu keinem andern Zwecke verwendet wurde, als zur Verpflegung revolutionärer Truppen, so muß doch nach dem damaligen Stand der Dinge diese Ausgabe als eine abgenöthigte und unvermeidliche erscheinen. Die Stadt Heidelberg hätte daher diesen Betrag aus andern Mitteln schöpfen müssen, wenn sie den Vorschuß aus der Feldkriegskasse nicht erhalten hätte, sie wäre somit nach ihrer eigenen Darstellung *ohne* dieses Darleihen in jedem Falle um so viel ärmer und ist folglich nothwendigerweise *durch* dieses Darleihen um eben so viel bereichert.

A. d. Gr. ꝛc.

D. R.

III.

Stillschweigende Einwilligung.

1. Fall.

Auch dann ist, wenigstens in Handelssachen, eine stillschweigende Einwilligung anzunehmen, wenn der eine Contrahent *einer dritten Person gegenüber* solche Handlungen vornimmt, welche er nur unter der Voraussetzung vornehmen kann, daß er eine vorausgegangene Handlung seines Contrahenten genehmigt.

L.R.S. 1108 b.

Die Handelsleute *Uechtriz* und *Faist* in Schramberg verkauften dem Wilhelm Burger in Zell ein Granatgeschäft einschließlich der vorräthigen und der zum Verkauf bereits versendeten Granaten, der Ausstände und Geräthschaften für eine ziemlich hohe Summe. Es war hiebei unter Anderm bedungen worden, daß Burger die zum Verkaufe versendeten Granaten („die Commissionsgranaten") entweder innerhalb einer gewissen Frist, im Falle sie unverkäuflich seien, zu dem Anschlagspreise zurückgeben oder sie gegen einen Rabatt von 25 pCt. behalten solle.

Mit den Verkäufern stand ein gewisser *Mösch* in sehr nahem Verhältnisse. Er war jedoch kein Agent derselben, noch war er von ihnen dem Burger als ihr Beauftragter bezeichnet worden. Diesem Mösch nun übergab Burger einen Theil der Commissionsgranaten, welche er als un-

Digitized by Google

verkäuflich zurückerhalten hatte und schrieb dieß am 15. Juli 1854 den Verkäufern mit dem Anfügen, daß Mösch die Granaten verrechnen werde. Mit Beziehung auf diesen Brief boten nun die Kläger dem Mösch in einen Schreiben vom 18. Juli die Granaten zum Weiterverkauf an, und machten ihm hierbei noch weitere auf ihr Verhältniß zu ihm sich beziehende Anerbieten. — Die von den Klägern dem Mösch gemachten Proprositionen scheinen sich zerschlagen, Mösch aber gleichwohl die Granaten verkauft zu haben. Dem Burger gegenüber hatten indessen die Kläger eine Genehmigung der Uebergabe der Granaten an Mösch nicht ausgesprochen. —

Ueber den Vollzug des Kaufvertrags zwischen Uechtriz, Faist und Burger entstanden bald Differenzen, und die Verkäufer belangten Letzteren auf Zahlung, unter Anderem auch auf Zahlung des Anschlagspreises der Commissionsgranaten, indem sie weder dem Burger die Befugniß zugestanden, ohne ihren Auftrag, die Granaten dem Mösch zu übergeben, noch es anerkannten, daß sie hinterher ihre Genehmigung zur Uebergabe der Waare an Mösch ertheilt hätten. Ihrem Briefe an Mösch aber, der nur Anerbietungen über ein gar nicht zum Abschluß gekommenes Rechtsverhältniß, und keine Verfügung über die Waare selbst enthalte, wollten sie keinerlei Rechtswirkung in Beziehung auf ihr Vertragsverhältniß zu Burger einräumen.

Das mittelrheinische Hofgericht sah jedoch in dem Briefe der Kläger vom 18. Juli 1854 an Mösch eine stillschweigende Genehmigung der Handlung des Beklagten. Die Entscheidungsgründe hiezu sagen:

„— — Anlangend die Commissionswaaren, so befindet sich auch hier der Beklagte den Klägern gegenüber in der Stellung des Beauftragten zu dem Auftraggeber. Seine Aufgabe war es, die Commissionswaaren zu veräußern, und den Kaufpreis hiefür den Klägern einzusenden, oder insoweit dieselben unveräußerlich waren, sie im Stücke wieder den Klägern zurückzustellen. Diese Verpflichtungen hat er erfüllt, indem er den Klägern anzeigte, daß dieser Theil der Waaren unverkäuflich sei, und daß er die Granaten bei Mösch, der, wie sich aus allen bisherigen Verhandlungen ergab, in einem näheren Geschäftsverkehr mit den Klägern gestanden sein mußte, zur Verfügung seiner Gewaltgeber niedergelegt habe. So lange nun die Kläger diese Deposition der Waaren bei Mösch nicht guthießen, lagen dort die Waaren allerdings auf Gefahr des Beklagten, und er war auf jedes Begehren des Klägers verpflichtet, solche dort zu erheben und ihnen zu überliefern. Statt ein solches Begehren an den Beklagten zu richten, haben jedoch die Kläger im Briefe vom 18. Juli 1854 dem Mösch angezeigt, daß der Beklagte nach seinem Schreiben vom 15. Juli ihnen kund gethan habe: „die Commissionswaaren seien inzwischen zurückgekommen, die nun bei Ihnen (Mösch) zu unserer Disposition liegen," wie die Worte des Briefes lauten. In diesem Briefe haben ferner die Kläger dem Mösch das Anerbieten gemacht, die Granaten unter denselben Bedingungen, wie sie Beklagter hatte, in feste Rechnung zu übernehmen."

„Ein solches Schreiben konnten die Kläger an Mösch nicht richten, ein solches Anerbieten ihm nicht machen, wenn sie es nicht billigten, daß der Beklagte, ihr Beauftragter, die Commissionswaaren bei Mösch niedergelegt hatte. Diese Handlungsweise enthält vielmehr die stillschweigende Einwilligung, die Genehmigung der vom Beklagten eingeschlagenen Handlungsweise. Hiernach aber muß das Verfahren des Beklagten so angesehen werden, als ob er die Granaten den Klägern selbst zurückgegeben hätte; und alsdann ist der Beklagte seiner Verpflichtung gegen die Kläger entledigt." — —

II. Fall.

Ein Bürge, welcher eine Urkunde als „Zeuge" unterschreibt, die über die Verlängerung der Unaufkündbarkeit einer Darlehensschuld von Gläubiger und Schuldner aufgenommen wird, willigt dadurch nicht stillschweigend in die Verlängerung der von ihm übernommenen Bürgschaftsverbindlichkeit ein.

L.R.S. 1108 a. b. 2039. 1180 a.

Im Jahre 1842 erhielt Theodor Wolf in Baden ein zu 5 pCt. verzinsliches Darlehen von 1000 fl. von Wilhelm Ernst.

Hiefür hat sich Franz Xaver Ernst, der Rechtsvorfahrer der Kläger, verbürgt. Gestützt auf L.R.S. 2032 Ziff. 5 verlangen nunmehr die Kläger, da die Bürgschaft schon über zehn Jahre währe, Schadloshaltung für die übernommene Bürgschaft.

Der Beklagte behauptete aber, daß Franz Xaver Ernst sich verpflichtet habe, bis zum Jahre 1862 Bürge zu

Digitized by Google

bleiben. Im Jahre 1852 hatte nemlich der Darlehensgläubiger dem Schuldner die Zusicherung gegeben, das Darlehen 10 Jahre lang unaufkündbar stehen zu lassen. Hierüber wurde eine Urkunde aufgenommen, welche beide Theile unterschrieben. Neben diesen Unterschriften steht: „als Zeuge Franz Xaver Ernst". In dieser Unterzeichnung sah der Beklagte die wenigstens stillschweigende Zustimmung zu dem in seiner Gegenwart abgeschlossenen Vertrage und zu der Verlängerung der von ihm übernommenen Bürgschaft auf die Dauer der Unaufkündbarkeit des Darlehens.

Das mittelrheinische Hofgericht verwarf diese Einrede.

Die Entscheidungsgründe sprechen sich, was die Auslegung der Unterschrift der Urkunde anbelangt, in folgender Weise aus:

„Die Urkunde vom 8. April 1852 kann den Beweis nicht liefern, daß der Bürge Franz Xaver Ernst durch seine Unterzeichnung dieser Urkunde seine stillschweigende Zustimmung zur Verlängerung dieser Bürgschaft gegeben habe. Dieß ist keineswegs der Fall. Denn Franz Xaver Ernst hat, wie dieß ausdrücklich beurkundet ist, die Urkunde nur in der Eigenschaft eines Zeugen unterschrieben. Zu dem Geschäfte, das in der Urkunde beweislich gemacht wird, hat er laut deren Inhaltes in keiner Weise mitgewirkt. Daraus aber, daß er ohne Einrede es geschehen ließ, daß eine früher unbetagte Schuld nunmehr zu einer erst in zehn Jahren fälligen Schuld geworden ist, kann um so weniger gefolgert werden, daß er auf sein Recht gegen den Schuldner auf Schadloshaltung zu klagen verzichtet habe, als L.R.S. 2039 die Verlängerung der Zahlungsfrist als eine Handlung hinstellt, welche dem Gläubiger unabhängig von der Zustimmung des Bürgen gestattet ist, welche der Bürge somit durch eine Einsprache gar nicht hindern darf. Auf der andern Seite gestattet aber dieser L.R.S. dem Bürgen auch ausdrücklich gegen den Schuldner auf Schadloshaltung zu klagen, ungeachtet der Verlängerung der Frist. Angesichts dieser gesetzlichen Bestimmungen war für den Bürgen gar keine Veranlassung vorhanden, gegen die Fristverlängerung in seinem eigenen Interesse, welches ja in keiner Weise gefährdet war, Einsprache zu erheben. Sein Stillschweigen zu dem in seiner Gegenwart abgeschlossenen Vertrage des Darlehensgläubigers und Schuldners über die Zeit der Heimzahlung kann ihm aber sowohl nach dem Geiste, als nach dem Wortlaute des L.R.S. 1108 a b nicht als eine stillschweigende Zustimmung in die Fortdauer der von ihm übernommenen Bürgschaft bis zum Jahre 1862 ausgelegt werden.

Die Unterzeichnung einer Urkunde in der Eigenschaft als Zeuge kann schon an und für sich dem Unterzeichner keinen Nachtheil bringen, weil er gerade dadurch beurkundet, daß er an dem Abschlusse des Vertrags keinen Theil nimmt, und Verträge nur unter denjenigen Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, welche sie abgeschlossen haben. L.R.S. 1134. Deßwegen hat es der Gesetzgeber auch für nothwendig erachtet, in einem Falle, in welchem man aus der Unterzeichnung einer Urkunde in der Eigenschaft als Zeuge die stillschweigende Zustimmung des Unterzeichners besonders vermuthen konnte, dieß durch den L.R.S. 1180a ausdrücklich zu erklären, damit nicht die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch hier Platz greifen." —

Ottendorff.

IV.

Zur Auslegung des §. 438 des Strafgesetzbuchs.

Wilhelm Lindemann von Stein besitzt auf der Gemarkung dieses Ortes einen Acker, welcher an einen des Karl Morlack grenzt. Die Grenzen sind durch zwei ächte Grenzsteine bezeichnet; Lindemann glaubte aber, daß sein Acker um ebensoviel zu klein sei, als der des Morlack Uebermaaß habe. Er verlangte deßhalb von seinem Anlieger Vermessung beider Grundstücke auf gemeinschaftliche Kosten, worauf Morlack nicht einging. Kurz darauf waren die Grenzsteine ausgerissen und lagen drei Schuh von der Stelle, wo sie gesessen hatten, entfernt in dem Acker des Morlack.

Der mittelrheinische Gerichtshof erlangte durch die gegen Lindemann geführte Untersuchung die Ueberzeugung, daß Lindemann die Grenzsteine ausgerissen habe. Es fand das Hofgericht darin das Vergehen, welches §. 438 des Str.G.B. am Ende zeichnet und erklärte deßhalb den Angeschuldigten Lindemann

> der Wegschaffung zweier Grenzsteine, damit des Verbrechens der Fälschung von Grenzsteinen, um sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen, für schuldig, und bestraft ihn mit geschärftem Kreisgefängniß von vier Wochen.

Digitized by Google

Hiegegen rekurrirte der Verurtheilte und mit Erfolg. Das großh. Oberhofgericht sprach Lindemann von der Anschuldigung der Fälschung von Grenzsteinen frei und verschonte ihn mit den Rekurskosten, verurtheilte ihn aber in die Kosten des Strafverfahrens, und zwar aus folgenden

Gründen:

Der Wortlaut des §. 438 des Str.G.B. enthält insofern einen Widerspruch, als einerseits die allgemeine Verbindung des darin zuletzt erwähnten Falles mit dem Ersten auszusprechen scheint, es könne die dem Rekurrenten zur Last gelegte Fälschung, um sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen, auf jede der im Eingange aufgezählten Arten — insbesondere durch das bloße Hinwegschaffen der Grenzsteine begangen werden, während anderer Seits dieses Hinwegschaffen doch nur sehr uneigentlich als das Verschaffen eines Beweismittels bezeichnet werden könnte

Aus der Entstehungsgeschichte des §. 438 erweist sich denn auch dieser Widerspruch als eine Ungenauigkeit der Redaktion, so wie ferner, daß es nicht in der Absicht der Gesetzgebung lag, das bloße Hinwegschaffen von Grenzsteinen, wenn es nicht in betrüglicher und gewinnsüchtiger Absicht geschieht, unter den Begriff der Grenzsteinfälschung zu bringen. Zunächst war man nämlich schon darüber nicht im Zweifel, daß — genau genommen — das „Wegschaffen", wie auch die Vernichtung eines Grenzsteines, gleich wie die dem ähnliche Unterdrückung einer Urkunde in betrüglicher Absicht nicht sowohl unter den Begriff der Fälschung, als vielmehr unter den des Betrugs falle, und nahm diese Art der gewinnsüchtigen Täuschung nur des Zusammenhangs wegen hier auf. Sodann aber war der hier in Frage stehende Fall in dem Regierungsentwurfe (s. §. 399) gar nicht enthalten, sondern wurde erst in dem Laufe der Kammerverhandlungen — und zwar aus dem Grunde — hinzugefügt, um der Bestimmung des §. 388 des Entwurfes (§. 428 des Str.G.B.) hier Anwendung zu verschaffen. Vrgl. Commissionsbericht der II. Kammer von 1840 zu §. 399.

Da nun aber hierin lediglich von der Fertigung einer falschen, oder Verfälschung einer öffentlichen Urkunde — also von der positiven Beschaffung eines directen Beweismittels die Rede ist; da ferner der §. 459 des Str.G.B., welcher die dem Hinwegschaffen von Grenzsteinen gleichstehende Unterdrückung von Urkunden behandelt, dieselbe nur unter der Voraussetzung einer gewinnsüchtigen, oder der Absicht zu beschädigen, als Betrug bezeichnet, da nicht minder auch die vordem geltenden Strafgesetze zum Thatbestande der Grenzfälschung überall eine betrügliche Täuschung erforderten, weßhalb der dem Regierungsentwurfe beigefügte Zusatz sich ohnedem und überhaupt schon als eine Erweiterung des Begriffes der Grenzsteinfälschung darstellt, so darf diesem Zusatze eine über den erklärten Zweck hinausreichende auf das „Wegschaffen" ausgedehnte Auslegung nicht gegeben werden — sofern dieses, wie auch das großh. Hofgericht angenommen hat — nicht in betrüglicher und gewinnsüchtiger, sondern nur in der Absicht unternommen wurde, um sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen.

Die That des Rekurrenten kann daher nur als eine unerlaubte Selbsthilfe (§. 279 des Str.G.B.) bezeichnet werden, welche jedoch mit der im Gesetze angedrohten Geldstrafe darum nicht zu ahnden war, weil der Beschädigte seine Anklage alsbald wieder zurückgenommen hat.

Aus diesen Gründen, und da der Rekurrent durch seine immerhin rechtswidrige Handlung die Untersuchung selbst hervorgerufen hat, wurde gemäß des §. 355 Str.Pr.O. — wie geschehen — erkannt. D.

V.

1) Kellerlöcher bedürfen der in den L.R.S. 676. 677 vorgeschriebenen Einrichtung, wenn sie geeignet sind, in die hinter ihnen befindlichen Keller Licht einzulassen. *)

2) Es ist nicht geboten, daß die Lichtfenster mit Gittern verwahrt sind, welche aus sich kreuzenden Stäben bestehen, noch daß diese Fenster mit Glasscheiben versehen sind.

Das großh. Oberhofgericht hat im Jahre 1838 in der Sache Katharina Barbara Reiß gegen Stephan

*) Anderer Ansicht ist Pardessus traité des servitudes No. 210. L'usage paraît avoir modifié cette règle pour les soupiraux destinés à donner du jour à des caves; beaucoup n'ont pas, du sol à la voute, une hauteur qui permisse d'observer la distance fixée par l'article 677. Il ne nous semble pas, qu'un voisin, qui n'en éprouverait aucun tort, pût s'en plaindre. D. E.

Digitized by Google

Heerdt entschieden, daß Luft- und Zuglöcher, welche in einer auf Nachbarsgut stoßenden Scheuer angebracht waren, zugemauert, oder mit den in den L.R.S.S. 676. 677 gebotenen Vorrichtungen versehen werden müßten. Den Grund zu dieser Entscheidung fand der höchste Gerichtshof darin, daß das Gesetz in den L.R S.S. 676 — 678 dem Eigenthümer einer auf Nachbarsgut stoßenden Mauer nur Lichtöffnungen gestatte, alle andere Oeffnungen aber damit stillschweigend verbiete. Annalen VI. 71.

Man mag diese Entscheidung für richtig halten, oder aber jener den Vorzug geben, welche davon ausgeht, daß jeder Eigenthümer, weil er kraft der dem Eigenthume innewohnenden Befugniß über Bestand und Wesen einer Sache zu verfügen (L.R.S. 544), das Recht habe, an einer ihm eigenthümlich zugehörenden Mauer jede Art von Veränderungen vorzunehmen, auch Oeffnungen nach seinem Belieben, und nur solche nicht, oder nur unter gewissen Beschränkungen machen dürfe, welche von dem Gesetze ganz verboten, oder nur unter gewissen Beschränkungen erlaubt sind, wie Aussicht- und Lichtfenster, — immerhin werden alle Oeffnungen, sie mögen eine Form oder Gestalt haben, welche sie nur immer wollen, verboten oder nur unter den gesetzlichen Beschränkungen erlaubt sein, welche dem dahinter liegenden Raume eine Aussicht auf Nachbarsgut, oder das Eindringen des Tageslichtes gewähren. Denn alsdann sind sie ihrer inneren Bedeutung nach Aussicht- oder Lichtfenster, wenn sie auch angeblich oder wirklich nur zu dem Behufe eingebrochen worden sind, um dem dahinter liegenden Raume Luft zuzuführen.

So hat der mittelrheinische Gerichtshof erkannt in dem Rechtsstreite Kolb gegen Nusser, als der Beklagte in seiner auf des Klägers Hofraum stoßende Mauer ein kaum über den Boden erhabenes Kellerloch brach, angeblich um dem feuchten Keller trocknende Zugluft zuzuführen.

Auch die Verwahrung dieses Kellerloches, welchem später durch Tieferlegung des Kellers die durch L.R.S. 677 vorgeschriebene Entfernung vom Boden bis zum Lichtfenster verschafft wurde, war Gegenstand der Erörterung.

Es hatte dasselbe keine Scheiben von blindem Glase,*) sondern eine Rahme mit Drathgeflechte, und auch kein aus sich kreuzenden Stäben bestehendes Gitter, sondern es war durch eine eiserne Querstange in zwei Theile getheilt, welche nach oben und unten Zwischenräume von je 2½ Zoll Höhe bildeten. Das mittelrheinische Hofgericht hielt dafür, daß diese Vorrichtungen dem Zwecke des Gesetzes genügten: denn „das Kellerloch ist durch ein festangebrachtes Drathgeflechte verwahrt, welches nicht geöffnet werden kann. Da das Gesetz nicht vorschreibt, aus welchem Stoffe das Fenster gefertigt, insbesondere nicht, daß es mit Glasscheiben versehen sein soll, sondern nur, daß es geschlossen sein müsse, d. h. nicht beliebig zu jeder Zeit geöffnet werden könne, so ist hier dem Gesetze Genüge geschehen.

Ebenso ist durch die Vorrichtung der Querstange, wenn gleich kein Gitter vorhanden ist, dem Geiste des Gesetzes in hinreichender Weise Rechnung getragen, da nach L.R.S. 676 die Stäbe des Gitters 3½ Zoll von einander entfernt sein müssen, somit die hier in Frage kommenden Zwischenräume um einen Zoll enger sind, als das Gesetz nur vorschreibt." Ottendorff.

*) Der französische Text sagt: les fenêtres doivent être garnies d'un treillés de fer — — et d'un châssis à verre dormant.

VI.

Verzicht auf den Rekurs in Strafsachen.

Oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. VI. S. 133 VIII. S. 315. Annalen XVI. S. 41. XX. S. 101.

Philipp Nägele von W., der wegen dritten Diebstahles verurtheilt ward, erklärte bei Eröffnung des Urtheils, daß er die Strafe antreten wolle, und nur bitte, ihn noch einige Tage nach Hause zu lassen. Später, jedoch noch am nämlichen Tage, trug er vor, daß die gegen ihn erkannte Strafe doch zu lang und die Strafschärfungen zu hart seien, daher er den Recurs gegen das Strafmaas ergreife.

Die Staatsbehörde stellte den Antrag, den Recurs als unstatthaft zu verwerfen, da Rekurrent durch seine erste Erklärung auf den Recurs verzichtet habe, daher auf denselben nicht mehr zurückgreifen könne.

Vom großh. Oberhofgericht wurde aber der Recurs des Angeschuldigten zugelassen, weil derselbe in der Urtheilspublikationstagfahrt nur seine Bereitwilligkeit, die Strafe alsbald anzutreten, zu erkennen gegeben habe, diese Willenserklärung aber sehr wohl neben der noch innerhalb der Recurseinführungsfrist gestellten Recursbitte auf Herabsetzung der Strafdauer bestehen, in ihr also auch kein Verzicht auf den in dieser Weise eingeführten Recurs gefunden werden könne. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 9.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

Das Streben nach einer einheitlichen deutschen Gesetzgebung mußte in Beziehung auf das Handelsrecht am stärksten hervortreten, da der Handel weit weniger, als alle anderen Rechtsverhältnisse, von dem Einflusse der örtlichen Verschiedenheit abhängt, und sogar das Band ist, welches nicht nur einzelne Staaten, sondern vielmehr alle gebildeten Völker der Erde gewissermaßen zu einem Ganzen vereinigt, weßhalb eines Theils der Gedanke, ein für ganz Deutschland gültiges Gesetz zu erlassen, hinsichtlich des Handelsrechts am leichtesten ausführbar erscheint, und anderen Theils auch hier das Bedürfniß nach einem gemeinsamen Gesetze besonders zu Tage tritt, indem die vielfach von einander abweichenden Partikularrechte der universellen Natur des Handels am meisten widerstreben. So entstand in politisch bewegter Zeit die allgemeine deutsche Wechsel Ordnung, und trat inmitten der ärgsten Stürme in Wirksamkeit (z. B. in Baden am 1. März 1849), blieb aber auch bestehen, als die Ruhe wiederhergestellt war. Ebenfalls in jener Zeit wurden auch Schritte gethan, um den Wunsch nach einer vollständigen gemeinsamen Handelsgesetzgebung zu verwirklichen, und im Oktober 1848 wurde von dem Reichsministerium der Justiz eine Commission niedergesetzt, welche im März 1849 unter dem Titel „Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs für Deutschland" ihre Arbeit im Drucke veröffentlichte, die sich jedoch nur auf folgende Gegenstände erstreckte:

I. Titel. Von Kaufleuten und Handelsgeschäften. II. Titel. Von der Form der Verträge und von den Beweismitteln in Handelssachen überhaupt, und von den Handelsbüchern insbesondere. III. Titel. Von Handelsgesellschaften. IV. Titel Von den Börsen und den Mäklern. V. Titel. Von dem Commissionär, dem Spediteur und dem Frachtführer.

Eine Fortsetzung dieses Werks haben zwar die Zeitverhältnisse verhindert, aber schon wenige Jahre nach seinem Erscheinen, erneuerten sich die Anstrengungen, um das Ziel zu erreichen, welches demselben vorschwebte.

Den höchst anerkennenswerthen Bemühungen mehrerer Regierungen gelang es, den Zusammentritt einer Conferenz von Abgeordneten der deutschen Regierungen zu bewirken, welche nun seit einiger Zeit in Nürnberg über das große, verdienstliche Werk eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs berathschlagen.

In Preußen waren schon vorher Schritte geschehen, um für diesen Staat ein Handelsgesetz zu schaffen, und es war aus sorgfältigen Vorarbeiten ein Entwurf hervorgegangen, welcher dann benützt wurde, um ihn der Conferenz in Nürnberg als Grundlage ihrer Berathungen anzubieten, und diese hat ihn auch hiezu angenommen. Natürlich wird dieser Entwurf von großem, wohl vielfach entscheidendem Einfluß auf das Ergebniß seiner Berathungen sein, und so wird sich die Bemerkung rechtfertigen, daß es bei einem so wichtigen und folgereichen Werke wünschenswerth gewesen wäre, diesen Entwurf längere Zeit, ehe er Gegenstand von Beschlußfassungen wurde, zu veröffentlichen, damit die Stimmen der Männer von Fach, der Gelehrten, Richter, Anwälte und Kaufleute sich darüber äußern konnten.

Auf diese Weise hätte sich ein allgemeines Urtheil über Werth oder Unwerth des Ganzen und seiner Einzelheiten gebildet, was von größtem Nutzen gewesen wäre.

Solch eingehende Kritiken, wie sie Brinckmann, obwohl derselbe oft zu streng ist, in Bd. XXXII, XXXIII. und XXXIV. des Archivs für civil. Praxis über den

Digitized by Google

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland vom Jahr 1849 gegeben hat, sind der Sache selbst gewiß förderlich, und sie sind nur möglich, wenn ein Gesetzesentwurf längere Zeit hindurch der öffentlichen Beurtheilung übergeben wird.

Ist dies bei vielen Gegenständen der Gesetzgebung unthunlich, weil Partei-Interessen oder politische Rücksichten zu Verirrungen führen können, so fällt bei dem Handelsgesetzbuche diese Befürchtung hinweg, weil es nur materielle Fragen zu lösen hat.

Wenn erst jetzt, nachdem die Berathungen der Nürnberger Conferenz, wie man in öffentlichen Blättern liest, bis zu dem zweiten Hundert der Artikel des preußischen Entwurfs gediehen sind, dieser Entwurf theilweise im Drucke ausgegeben wird, so ist dieß gewiß in mancher Hinsicht zu spät, allein der rege Eifer, welcher sich allenthalben für Prüfung und Besprechung desselben kund gibt, kann Manches gut machen.

Natürlich verkenne ich dabei nicht, daß schon dieser Entwurf eine sehr dankenswerthe Arbeit ist, und daß von den hierüber gepflogenen Berathungen der Conferenz und von der später nachfolgenden Prüfung von Seiten der Einzel-Staaten dessen Verbesserung zu erwarten ist.

Immerhin wird es aber gerechtfertigt sein, wenn ich mir erlaube, in Folge der Anregung von Seiten der Redaktion in No. 5 der Annalen einige Bemerkungen über den preußischen Entwurf hier mitzutheilen, welche natürlich auch nicht entfernt Anspruch darauf machen, als eine erschöpfende Kritik zu gelten, sondern nur einzelne Grundsätze zu beleuchten versuchen sollen.

Zunächst wird es passend sein, da der Entwurf doch nicht in Jedermanns Hand ist, Einiges über dessen Inhalt im Allgemeinen vorauszuschicken.

Der preußische Entwurf zerfällt in sechs Bücher, nemlich

in Buch I. Vom Handelsstande, worin hauptsächlich von den Kaufleuten und deren Hilfspersonen, als Faktoren, Dienern und Mäklern gesprochen, daneben aber unter dem Gesichtspunkte als Bestimmungen über die auf den Handel bezüglichen persönlichen Verhältnisse der Genannten noch manches Andere, theilweise nicht eben sehr logisch, abgehandelt wird, z. B. im V. Titel über die Handelsbücher;

in Buch II. Von den Handelsgesellschaften, dessen Inhalt sich im Allgemeinen schon aus der Ueberschrift ergibt, und das zweckmäßig an das I. Buch angereiht ist, weil eine Handelsgesellschaft gewissermaßen einen Kaufmann darstellt, obwohl man ihr, wenigstens meiner Ansicht nach, nicht das Recht der juristischen Persönlichkeit beilegen darf. (Art. 3 des preußischen Entwurfs.)

in Buch III. Von den Handelsgeschäften, welches nach Abhandlung des Personenrechts (wenn man so sagen darf) in den beiden ersten Büchern nunmehr das kaufmännische Obligationenrecht bringt, also eine Reihe allgemeiner Sätze enthält, und dann über einige besonders wichtige Arten, nemlich über den Kauf, das Commissions- und Spedition- und Fracht-Geschäft und die Versicherungsverträge ausführliche Bestimmungen gibt;

in Buch IV. Vom Seehandel, welches sich in richtiger Beschränkung mit den Seeschiffen nur insofern beschäftigt, als sie zu Handelszwecken, nemlich zur Beförderung von Gütern und Personen über See dienen, mithin sich selbstverständlich weder auf Kriegs- noch auf Vergnügensschiffe (Jachten) beziehen;

in Buch V. Von dem kaufmännischen Concurse, worin ein vollständiges Gantverfahren und Gantrecht gegeben ist;

in Buch VI. Von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen mit Bestimmungen über Einführung von Handelsgerichten und deren Competenz, über das Verfahren bei denselben, und mit der wichtigen Neuerung, daß diese Gerichte, wie bei uns die Strafgerichte, nach innerer, durch keine Beweisregeln eingeschränkten Ueberzeugung zu urtheilen haben.

An die Spitze des Entwurfs ist in Art. 1 nach dem Vorbilde des holländischen Handelsgesetzbuchs Art. 1 (vrgl. auch Bad. H.G.B. Art. 1b) sehr richtig eine Bestimmung über das Gebiet des Handelsgesetzes gestellt, welche jedoch nicht glücklich gefaßt ist, weil die Hauptsache in einem Zwischensatze steht. Volle Anerkennung verdient es, wenn dabei festgesetzt wird, daß in Handelssachen das Gewohnheitsrecht (die anerkannten Handelsgebräuche) dem allgemeinen bürgerlichen Gesetze vorgeht, denn es ist bekannt, wie gerade in Handelssachen das Gewohnheitsrecht unter den Betheiligten das höchste Ansehen genießt, und sich die Kaufleute mehr nach dem, was üblich ist, richten, als selbst nach den Vorschriften des Gesetzes, so daß Frémery in seinem Werke Etudes de droit commercial (Paris 1833) sogar eine coutume universelle zu begründen wagen durfte. Dazu kommt, daß bei aller Vollständigkeit des Entwurfs derselbe doch sehr Vieles, als auf allgemeinen Grundsätzen beruhend, unberührt lassen mußte, daher die Verschiedenheit der deutschen Partikular-

Digitized by Google

rechte einen höchst nachtheiligen Einfluß auf handelsrechtliche Verhältnisse gewinnen würde, wenn nicht durch die gesetzliche Bevorzugung der Handelsgebräuche ein Weg vorbehalten wäre, auf welchem sich in allen einzelnen Staaten eine gleichheitliche Rechtsübung für Handelssachen bilden kann.

Ueber die sich von selbst hieran reihende Frage, was als anerkannter Handelsgebrauch gilt, und wie derselbe bewiesen werden darf, finden sich in den mir bis jetzt zugänglichen fünf Büchern des Entwurfs keine Bestimmungen, und doch herrschen hierüber große Verschiedenheiten in den Gesetzen und noch größere Verschiedenheiten in der Wissenschaft. (Man vergleiche den badischen L.R. S. 61 mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen und die verschiedenen Ansichten über letztere in Vangerow Bd. 1. S. 30 ff.) Sollen auch Handelsgerichte nach freiem Ermessen urtheilen dürfen, so werden dadurch die gedachten Bestimmungen nicht überflüssig, denn eines Theils ist es bedenklich, den Gerichten nicht nur die Anwendung und Auslegung des Gesetzes zu überlassen (Thibaut, Pandekten §. 19 Note r), und andern Theils muß es diesem selbst erwünscht sein, wenigstens eine allgemeine Anleitung im Gesetze zu finden, wonach sie sich bei der oft äußerst schwierigen Entscheidung über das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts richten können, wie sich schon daraus ergibt, wenn man an die ebenso wichtigen als bestrittenen Vorfragen denkt, ob das Gericht ein Herkommen von Amtswegen anzuwenden hat, oder ob das Herkommen, wie jede andere Thatsache von den Parteien behauptet werden muß, ob und wie dasselbe zu erweisen ist (Stabel, Vorträge über den titre prél S. 41—43), ferner ob für das Herkommen nicht wenigstens eine von der Beweisnothwendigkeit befreiende Offenkundigkeit (Bad. Pr.O. §. 362) im gegebenen Falle zulässig sein soll?

Meines Dafürhaltens wäre eine Ergänzung dieses Mangels dringend geboten.

Im 1. Titel Art. 2—7 ist bestimmt, wer als Kaufmann angesehen werden soll und unter welchen Voraussetzungen eine Frauensperson, namentlich eine verheirathete als s. g. Handelsfrau gilt, sowie welchen Einfluß diese Eigenschaft auf die Rechtsverhältnisse der Frauensperson hat.

Während das französische Handelsgesetzbuch Art. 1 und 632 (im Bad. H.G.B. sehr gut zu einem Ganzen vereinigt und als Art. 1 vorangestellt) und das holländische Handelsgesetzbuch Art. 2—5 davon ausgehen, zu bestimmen, was seiner Natur nach als Handelsgeschäft erscheine, und dann als Kaufmann den bezeichnen, welcher Handelsgeschäfte zu seinem gewöhnlichen Beruf und Gewerbe macht, hat der Entwurf vom Jahr 1849 im Tit. 1. Art. 1 und nach seinem Beispiele der preußische Entwurf umgekehrt den Gedanken ergriffen, daß in der Regel ein Geschäft die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts habe, weil es von einem Kaufmann abgeschlossen wurde, und so wird eine Begriffsbestimmung vom Kaufmann durch Aufzählung der einzelnen kaufmännischen Gewerbsarten gegeben. Schon die Richtigkeit dieses Grundgedankens läßt sich bekämpfen, weil heut zu Tage Handwerk und Handelsbetrieb untrennbar in einander laufen, und weil weit häufiger die Eigenschaft des Geschäfts als die Persönlichkeit des Betheiligten das Vorhandensein eines Handelsgeschäfts bestimmt. (Brinckmann, Archiv für civil. Praxis Bd. XXXII. S. 363 ff.) Zur Abschneidung von Streitfragen wird dieß System gleichfalls nicht dienlich sein, da die Bestimmungen des Art. 2 schon an sich ebensogut, als die der allegirten Gesetze, zu Zweifeln Anlaß geben werden, und überdieß sich die darin enthaltene Aufzählung leicht in der Praxis als unvollständig erweisen könnte.

Auch sind wirkliche Nachtheile mit diesem System verbunden, da es nothwendig machte, in Art. 2 den Begriff von Kaufleuten zu geben, in Art. 211 zu bestimmen, was für diese als Handelsgeschäft gilt, und in Art. 212 einen Theil des Gesagten zu wiederholen, um festzusetzen, was auch für Nichtkaufleute als Handelsgeschäft gilt. So wird der eine Begriff in drei zerrissen, und folgt die Hauptbestimmung erst im III. Buche, während schon in den vorhergehenden 210 Artikeln vielfach von Handelsgeschäften die Rede war, was mit dem Gebote der logischen Anordnung des Stoffes in einem Gesetze zu widersprechen scheint.

Die Bestimmungen über Handelsfrauen schließen sich dem französischen Handelsgesetze in Verbindung mit L.R. S. 220 an, beseitigen die unzweckmäßige, inconsequente Ausnahme des L.R.S. 215, daß die verheirathete Handelsfrau zum gerichtlichen Auftreten jedesmal besonderer ehemännlicher Ermächtigung bedarf, (Brinckmann, Handelsrecht. Heidelberg 1853. §. 18 Note 15), sowie die gleich unrichtige Beschränkung in H.G.B. Art. 7, wodurch für die in bewidmeter Ehe lebende Handelsfrau bezüglich der Veräußerung ihres Heirathsguts ohne Grund die strengen Vorschriften in L.R.S. 1554 ff. aufrecht erhalten werden.

Wünschenswerth wären aber auch Bestimmungen dar-

Digitized by Google

über, ob in den Ländern, wo die Geschlechtsbeistandschaft besteht, die Einwilligung des Beistands nöthig ist, um Handelsfrau zu werden, denn dieselben lassen sich aus der ganz richtigen, dem Art. 12 des Entwurfs vom Jahr 1849 nachgebildeten Ausschließung der sog. weiblichen Rechtswohlthaten in Art. 4 Abs. 2 des preußischen Entwurfs nicht entnehmen, weil dort nur von dem Falle, daß ein Frauenzimmer bereits Handelsfrau geworden ist, gesprochen wird.

Ebenso vermisse ich Bestimmungen über manche wichtige und bestrittene Punkte, z. B. darüber, wie die ehemännliche Ermächtigung ersetzt werden kann, wenn der Mann abwesend, mundiodt u. dergl. m. ist, ferner darüber, ob der Ehemann seine einmal gegebene Einwilligung später zurückziehen und dadurch den Fortbetrieb des Handelsgeschäfts der Ehefrau verhindern kann. (Brauer Bd. IV. S. 363. Gilbert Note 14 — 17 zu Art. 4. 5 des Code de comm)

Eine weitere Controverse, ob die Frau im Falle der Weigerung des Mannes mit gerichtlicher Ermächtigung Handelsfrau werden könne, scheint mir durch die Fassung des Art. 5 des preußischen Entwurfs dahin entschieden, daß dieß n i c h t statthaft sei, und es ist dieß sicherlich zu billigen, denn ein so folgenreicher Schritt einer Ehefrau, wie der Betrieb eines Handelsgewerbes, muß unbedingt von der Einwilligung des Ehemannes abhängen.

Allerdings kann ein Mißbrauch dieser dem Ehemann eingeräumten Gewalt vorkommen, indem z. B. wegen Ehezwistigkeiten die Einwilligung versagt, und so einer Frau die Gelegenheit zu einem gewinnbringenden Unternehmen genommen wird, allein ähnliches kann auch in anderen Verhältnissen der Ehe vorkommen, und doch darf wegen der Möglichkeit eines Mißbrauchs nichts an den aus dem Wesen der Ehe fließenden Grundsätzen geändert werden.

Hier wäre auch der Ort gewesen, von dem Minderjährigen zu sprechen, über welchen der preußische Entwurf nur in Art. 142 eine Bestimmung hat, daß nemlich die kurze, fünfjährige Verjährung in Gesellschaftssachen auch gegen Minderjährige laufen solle. Man kann wohl die Frage über die Rechtsgültigkeit einzelner Handelsgeschäfte eines Minderjährigen dem allgemeinen bürgerlichen Gesetze überlassen, wie dieß §. 1 der allgemeinen deutschen Wechselordnung hinsichtlich der Wechselfähigkeit thut, da hierwegen kein Grund zu Ausnahmebestimmungen vorliegt, allein der gewerbsmäßige Handelsbetrieb durch Minderjährige erheischt zum Schutze des Publikums gewisse Vorsichtsmaßregeln, wofür sich die Bestimmungen des badischen und französischen Handelsgesetzbuchs Art. 2. 3. 6 allerdings nicht eignen. Wohl aber empfiehlt sich für ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, welches auf Einzelheiten nicht eingehen kann, die Aufstellung des Grundsatzes, welchen der Entwurf vom Jahre 1849 in Tit. 1. Art. 11 angenommen hat, daß nemlich der Minderjährige, welcher g e w e r b s m ä ß i g Handel treibt, bezüglich seiner Handelsgeschäfte keinen Anspruch auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit hat. Brinckmann a. a. O. S. 399 meint zwar, man müsse dann eine Ausnahme machen, wenn dem Dritten die Minderjährigkeit bekannt war, allein dieß scheint mir nicht richtig, da man in der Handelswelt keinen Werth darauf legen wird, ob ein wirklicher Kaufmann etwa minderjährig ist, sondern ihn in seinem Geschäftsbetriebe als rechtsfähig ansieht. Es wäre auch eine bedenkliche und zu Streitigkeiten führende Ausnahme.

Hinsichtlich der Mundlosen und Verbeiständeten (L R.S. 489 499. 513. 513 a) im Handelsgesetze eine gleiche Ausnahmebestimmung zu geben, halte ich ungeachtet der Aehnlichkeit zwischen diesen und den Minderjährigen wegen des Grundes der Aufhebung und Beschränkung von deren Verfügungsgewalt (Geisteskrankheit und Verschwendung) für bedenklich.

Hält man mir entgegen, daß der Grund für den gesetzlichen Schutz der Minderjährigen in deren Mangel an Willenskraft und Unterscheidungsfähigkeit liegt, mithin auch der obige Vorschlag bedenklich ist, so verkenne ich nicht, daß die Sache ihre zwei Seiten hat, allein in den ohnehin seltenen Fällen, in welchen einem Minderjährigen der selbstständige Betrieb eines Handelsgewerbes möglich ist, scheint mir doch die Rücksicht überwiegend, daß man eine Täuschung der mit dem Minderjährigen verkehrenden Personen nicht zugeben darf, zumal derselbe dann wohl immer dem Alter der Volljährigkeit nahe stehen wird.

Der II. Titel Art. 8 — 11 behandelt die in allen neueren Handelsgesetzbüchern für nothwendig erachtete Vorschrift, daß gewisse der Handelswelt besonders wichtige Verhältnisse, nemlich die ehelichen Güterrechte, die Annahme einer Firma, die Beschränkung und Erlöschung einer Prokura, sowie die Errichtung, Veränderung und Auflösung einer Handelsgesellschaft, öffentlich bekannt zu machen sind. Zweckmäßig wird hiefür die Eintragung in ein öffentliches Buch (Handelsregister) und die Einrückung

Digitized by Google

in Zeitungen gewählt, und ebenfalls sehr zu billigen ist es, daß die Besorgung dieser Obliegenheiten den Handelsgerichten übertragen wird. Natürlich mußte als Folge hievon bestimmt werden, daß nach Ablauf einer kurzen Frist Niemand die Unkenntniß der Eintragung für sich geltend machen darf. (Art. 11 des preußischen Entwurfs.) Wenn, wie es im Systeme des preußischen Entwurfs liegt, die Handelsgeschäfte eines entmündigten oder verbeiständeten Kaufmannes nach den Regeln des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes beurtheilt werden sollen, muß jedenfalls die Eintragung des die Entmündigung oder Verbeiständung aussprechenden Erkenntnisses angeordnet werden (L.R.S. 501), damit nicht Dritte durch eine meistens entschuldbare Unkenntniß in Schaden gerathen.

Während die übrigen Fälle dieser Eintragung bei der betreffenden Lehre vorkommen, wird im III Titel Art. 12 bis 18 über die Eintragung der ehelichen Güterrechte gesprochen. Natürlich unter der allgemeinen Voraussetzung, daß Eines der Betheiligten dem Kaufmannstande angehört, werden als eintragspflichtig erklärt: 1) alle Verträge zwischen Verlobten oder Ehegatten, wodurch das gesetzliche oder vertragsmäßige eheliche Güterrecht abgeändert wird, (also z. B. auch der Fall des L.R.S. 1595 Z. 1 bis 3), 2) alle Urtheile auf Vermögensabsonderung. — Ergreift ein Ehegatte erst nach dem Vertragsabschlusse oder Urtheile das Handelsgewerbe, so muß der Eintrag nachgeholt werden.

Aehnliches enthält das badische H.G.B. in Art. 67 bis 69. Im Hinblicke auf L.R.S. 1441. Ziff 3. 4, welche auch in Folge der Ehescheidung sowie der Trennung von Tisch und Bett die Vermögensabsonderung eintreten lassen, wird es für die Länder, in welchen der Code Napoléon gilt, nothwendig werden, auch diese Urtheile der Eintragung in das Handelsregister zu unterwerfen.

Wenn der preußische Entwurf mit Bezug auf französisches und badisches H.G.B. Art. 69 an die Unterlassung des Eintrags nur eine Strafdrohung knüpft, so hat er dabei übersehen, daß Art. 66 allda mit L.R.S. 1445 wenigstens hinsichtlich der Urtheile auf zeitliche oder gänzliche Scheidung und auf Vermögensabsonderung ein anderes System befolgt, indem diese Urtheile, wenn sie nicht gehörig bekannt gemacht sind, gegenüber Dritten als nicht ergangen erachtet werden.

Schon als Folge des von dem preußischen Entwurfe in dem oben besprochenen Art. 11 angenommenen Grundsatzes erscheint ein solcher Schutz Dritter nothwendig und gerechtfertigt, und ein Ersatz hiefür ist in der nur fakultativen Strafandrohung nicht zu finden, da eine solche erfahrungsgemäß machtlos ist.

Ob eine solche Bestimmung entgegen dem Art. 67—69 des badischen und französischen H.G.B. nicht auch in Bezug auf Eheverträge und dgl. gegeben werden soll, ist eine sehr zweifelhafte Frage. Dafür, daß solche Verträge in Folge unterlassener Eintragung gegenüber Dritten unwirksam sein müssen, spricht allerdings die Consequenz und die Rücksicht auf die Sicherheit des Publikums, allein in Preußen, wo das allgemeine Landrecht und ein neueres Gesetz dieß vorschrieben, hat sich nach den Motiven zu Art. 18 des Entwurfs die Praxis wegen vieler Nachtheile dagegen erklärt. Mir scheint es übrigens, daß die hervorgehobenen Nachtheile (ungleiche Stellung der Gläubiger und Erschwerung der Ordnungsbescheide, sowie der Vergleiche in Ganten) nicht so erheblich sind, um ein Verlassen des einzigen Weges zu gebieten, auf welchem die Sicherstellung Dritter zu erreichen ist Die bei uns in neuerer Zeit vielfach vorgekommenen Nichtigkeitserklärungen von Vermögensabsonderungen auf Betreiben einzelner Gläubiger haben keineswegs solch unlösliche Schwierigkeiten hervorgerufen, wie sie die preußischen Motive als Folge der relativen Ungültigkeit unterstellen.

Nach den Motiven sollen übrigens die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes nicht geändert werden, sondern man wollte sie da, wo sie gelten, fortbestehen lassen, und nahm nur Anstand, dieselben für das ganze Königreich einzuführen. Dieß würde, sofern der Entwurf zu einem allgemeinen deutschen Gesetzbuche erhoben wird, die Folge haben, daß die einzelnen Partikularrechte zu entscheiden hätten, in wie weit der Mangel der vorgeschriebenen Veröffentlichung der ehelichen Güterrechtsverhältnisse auf deren rechtliche Wirksamkeit von Einfluß ist, was in einer der wichtigsten Fragen die größte Unsicherheit und Verschiedenheit herbeiführen müßte. Meines Erachtens sind daher jedenfalls Bestimmungen hierüber in das Handelsgesetzbuch aufzunehmen, und scheinen sich mir dafür die eben besprochenen Grundsätze zu empfehlen.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

II.

1) Gewähren Landesverordnungen, die nicht im Regierungsblatte bekannt gemacht sind, Pflichten und Rechte?

2) Garantieen für die Einhaltung der Feierlichkeit bei Eideserhebungen.

Das Landrecht sagt in Art. 1:

Die Gesetze werden für den ganzen Umfang des Staatsgebiets durch die Verkündung des Staatsherrschers wirksam.

Am 14. Mai 1810 machte das großh. Ministerium des Innern folgende Verordnung bekannt:

„Die neuen Einrichtungen in der Staatsverwaltung des Großherzogthum machen ein und andere weitere Bestimmungen in Ansehung des Regierungsblattes und der bisher bestandenen Provinzialblätter nöthig.

Um Alles zu umfassen, wird daher theils wiederholt, theils anderweit andurch angeordnet:

Das Regierungsblatt betreffend: Demselben sind einzuverleiben

.... 3) **alle** Landesverordnungen. —

Die bisherigen Provinzialblätter werden künftig Anzeigeblätter für bestimmte Kreise genannt, Anzeigeblatt für den Seekreis u. s. w.

Denselben sind nur einzuverleiben:

1) Alle obrigkeitliche Aufforderungen und Kundmachungen, als: Schuldenliquidationen u. s. w.
2) Alle Unglücksfälle und Warnungen.
3) Alle polizeiliche Anordnungen der Kreisdirectorien in Gemäßheit bereits bestehender Gesetze, oder nach vorher eingeholter Genehmigung der dazu geeigneten höheren Stelle.
4) Alle von Obrigkeitswegen geschehende Kauf-, Pacht- und Dienstnachsuchungen und Anträge, auch sonstige Commercialnachrichten.
5) Fruchtpreise ....

Die bisher den Provinzialblättern einverleibten Nachrichten **von den Gesetzen und Rechtsbelehrungen**, welche in dem Regierungsblatt erschienen sind .... finden keinen Platz mehr in den Anzeigeblättern.

Diese Einrichtung nimmt ihren Anfang mit dem 1. Juli 1810."

Hiernach scheint es nicht wohl zweifelhaft zu sein, daß alle Gesetze und Rechtsbelehrungen, und alle, das ganze Land betreffende Verordnungen **nur** in dem Regierungsblatt bekannt zu machen sind, und erst dann Verbindlichkeiten und Rechte begründen.

Durch Regierungsblatt 1819 No. 14 Abs. 3 wurde ausdrücklich wiederholt:

„Diesen Anzeigeblättern soll nichts inserirt werden, was nach obiger Verordnung in das Regierungsblatt gehört, folglich keine Gesetze, keine Dienstnachrichten u. s. w."

und gleichzeitig — damit obige Vorschrift genau beachtet werde — ein besonderer Kreisrath hierzu in jedem Kreise ernannt.

Durch die landesherrliche Verordnung im Regierungsblatte 1832 No. 9, wodurch die Eintheilung des Großherzogthums in Kreise und Kreisdirectorien aufgehoben, dagegen das Land in 4 Regierungskreise u. s. w. eingetheilt wurde, ist an Obigem nichts geändert. Ebenso wenig durch den Staatsministerialerlaß im Regierungsblatt 1855 No. 47, wornach die 4 Kreisanzeige- und Verordnungsblätter durch ein allgemeines Anzeigeblatt und ein Central-Verordnungsblatt ersetzt wurden, mit dem Anfügen:

„daß rücksichtlich des Inhalts dieser beiden Blätter im Allgemeinen vorerst noch diejenigen Bestimmungen gelten, welche bisher für die 4 Kreisanzeige- und Verordnungsblätter gegolten haben."

Frage an die Wissenschaft.

a) Wie kommt es, daß z. B. die, das gesammte Richter-, Actuar- und Kanzleipersonal und alle Anwälte und Parteien des Landes unmittelbar berührende Verordnung großh. Justizministeriums vom 18. Sept. 1852 „die Feierlichkeit bei der Eideserhebung betr." nur in den Anzeigeblättern und nicht im Regierungsblatte bekannt gemacht ist? und

b) sind solche, das ganze Land betreffende Verordnungen, welche nicht im Regierungsblatte bekannt gemacht sind, verbindlich? beziehungsweise können Anwälte und Parteien z. B. verlangen, daß die Eidesverordnung großh. Justizministeriums vom 18. Septbr. 1852 von den Richtern gehandhabt werde, obgleich sie (Anwälte und Parteien) sich nicht auf eine im Regierungs-Blatte enthaltene Vorschrift zu berufen im Stande sind? und

c) bejahenden falls, in welcher Weise dürfen sie dieses

Digitized by Google

Verlangen geltend machen, oder welches Rechtsmittel steht den Anwälten oder Parteien zu, wenn die Eide weder nach dem Gesetze (Regierungsblatt 1848 No. 81) noch nach der im Regierungsblatt nicht enthaltenen Verordnung vom 18. September 1852 abgenommen werden?

In letzterer Beziehung kamen nämlich folgende Fälle vor dem großh. Stadtamte ✕ vor:

Ein dortiger Assessor hörte in einer Prozeßsache Zeugen eidlich ab. Es war weder der Assessor in Amtstracht, noch der Tisch schwarz behängt, noch auf demselben eine Bibel, Kerzen oder Crucifix. Der Assessor forderte die Zeugen auf, die rechte Hand aufs Herz zu legen und die linke emporzuheben und ließ sie in dieser Stellung die Eidesformel nachsprechen. Nachdem zum Protokoll geschrieben worden war, der Zeugeneid sei vorschriftsmäßig abgenommen, machte der Anwalt einer der Parteien auf das Gesetz von 1848 aufmerksam, wornach der Eid nicht in richtiger Form, in Bezug auf die Hände, abgenommen sei, worauf diese beiden Zeugen wiederholt (zum zweiten Male) vom nämlichen Respicienten nach Maßgabe der Bemerkung des Anwalts beeidigt wurden.

Später hörte der Assessor in der nämlichen Sache Frauenspersonen als Zeuginnen ab. Auch diesmal war derselbe nicht in der Amtstracht, der Tisch nicht behängt, keine Bibel, kein Crucifix u. s. w. auf dem Tische. — Er belehrte die Zeuginnen lediglich die Hand auf die Brust zu legen (ohne die rechte zu erheben) und ließ sie in dieser Weise die Eidesformel nachsprechen und im Protokoll bemerken, der Eid sei vorschriftsmäßig abgenommen.

Der Anwalt der einen Partei entfernte sich sodann und machte bei großh. Hofgerichte folgende Eingabe:

„So wie bei der Abhör der zwei ersten Zeugen der amtliche Respicient die Zeugen belehrte, die rechte Hand auf die Brust zu legen und die linke emporzuheben und sie also beeidigte und ins Protokoll aufnehmen ließ, die Zeugen seien vorschriftsmäßig beeidigt, so belehrte er heute die Zeuginnen, daß sie (lediglich) die linke Hand auf die Brust legen und schwören sollten. Sie leisteten den Eid in dieser Form (ohne die rechte Hand emporzuheben) und es wurde beurkundet, daß der Eid vorschriftsmäßig abgelegt sei ....

Ich bitte:

Der hohe Gerichtshof wolle zur Aufrechthaltung der Heiligkeit und Würde eines Eidesakts und der Sicherheit der Gerichtsprotokolle diejenigen Maßregeln ergreifen, die Hochdemselben zweckdienlich erscheinen."

Darauf erhielt dieser Anwalt eine hofgerichtliche Verfügung vom 16. Februar l. J. des Inhalts:

„In dem Vorgetragenen finde man keinen Grund von Amtswegen gegen den amtlichen Respicienten einzuschreiten, im Uebrigen sei aber weder ein Rechtsmittel ergriffen, noch ein Antrag gestellt."

In der nämlichen Sache hörte der nämliche Respicient in einer andern Tagfahrt Franzosen und Französinnen als Zeugen ab; ebenfalls ohne Amtstracht des Respicienten und ohne Tischbehängung und dgl.

Der zugezogene Dollmetscher wurde von ihm aufgefordert:

den Männern zu sagen: daß sie die linke Hand aufs Herz, die rechte gegen den Himmel emporheben, die Frauen dagegen lediglich die linke Hand auf die Brust legen sollten.

Eingedenk des hofgerichtlichen Rescripts protestirte der Anwalt dießmal sofort gegen diese Belehrung und erklärte unter Bezug auf das Gesetz, daß auch die Frauen die rechte Hand in die Höhe zu heben hätten, worauf der Respicient das Gesetz nachlas und dann dem Dollmetscher auftrug: in dieser Weise, wie es der Anwalt angegeben hatte, die Zeugen aufzufordern.

Der nämliche Respicient nahm ein paar Tage darauf in einer andern Prozeßsache einem Juden den Zeugeneid in der Weise ab: Ohne in Amtstracht zu sein, ließ er ihn die eine Hand auf die aufgeschlagene hebräische Bibel und die andere auf die Brust auflegen und ihn also die Eidesformel nachsprechen, unter Beurkundung im Protokoll: daß der Eid vorschriftsmäßig abgelegt sei.

Welches Rechtsmittel ist nun — da das Obergericht von Amtswegen nicht abhelfen zu können erklärt hat — in solchen Fällen einzulegen, und auf wessen Kosten, und bei welcher Behörde, und welcher Antrag erscheint als der sachgemäßeste, und welche Maßregel als die wirksamste, um solchen Vorkommnissen bei der Feierlichkeit der Eideserhebung zu begegnen?

Mannheim, den 10. März 1857.

Gernandt, O.G.Adv.

Digitized by Google

III.

Oberhofgericht.

1) Das gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen gilt auch demjenigen Vermögen, woran der die Vormundschaft führende Elterntheil die Nutznießung hat.

2) Dieses Unterpfandsrecht besteht, unabhängig von aller Eintragung, so lange fort, bis das Vermögen an den großjährig gewordenen Mündel ausgeliefert, oder dessen Anspruch verjährt ist.

3) Ein solcher Anspruch unterliegt aber nicht der zehnjährigen, sondern der gewöhnlichen Klagenverjährung von 30 Jahren, welche erst mit dem Eintritt der Großjährigkeit zu laufen anfängt.

Annalen XVII. 214.

Winterer gegen Winterer.

Gegen die Gantmasse des verlebten Val. Winterer hatte dessen großjährige Tochter Therese ein in der Nutznießung ihres Vaters und Vormunds gestandenes Vermögen von 612 fl. 22 kr., welches ihr theils von der Mutter, theils von der Schwester erblich angefallen war, mit gesetzlichem Unterpfandsrecht vom Jahr 1820 in Anspruch genommen, womit sie jedoch durch das Ganturtheil vom 27. August 1835 als vorrechtlos in die fünfte Ordnung gesetzt wurde. Allein das Hofgericht reformirte, auf Appellation der Liquidantin, den Ordnungsbescheid nach ihrem Antrage, wogegen Kaufmann Busch als nachgesetzter Gläubiger der dritten Klasse, die Oberberufung ergriff, welche er durch die Ausführung zu rechtfertigen suchte,

1) daß der fraglichen Forderung, weil sie nicht aus der vom Cridar, als Vormund, geführten Verwaltung, sondern aus zwei Erbschaften herrühre, kein gesetzliches Unterpfandsrecht zukomme; und

2) daß der Liquidationsklage, wenn sie als auf die vormundschaftliche Verwaltung gegründet angesehen werde, die zehnjährige Verjährung des L.R.S. 475 entgegenstehe.

Eine oberhofgerichtliche Minorität von 2 Stimmen trat dieser Ausführung bei und beantragte die Wiederherstellung des amtlichen Ordnungsbescheids, während die Majorität an den bisher vom höchsten Gerichtshof anerkannten Grundsätzen festhielt und dadurch die am 11. Februar d. J. erfolgte Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils zu Stand brachte.

Entscheidungsgründe.

Der Antrag des Oberappellanten geht auf Wiederherstellung des amtlichen Urtheils, welches die Forderung der Liquidantin, Oberappellatin, in die 5. Ordnung der Gläubiger gesetzt hatte. Es ist demnach die Beschwerde nicht gegen die Liquidität, sondern nur gegen deren Location in 3. Ordnung vor allen andern Gläubigern dieser Ordnung gerichtet und unter Bezugnahme auf die L.R.S. 475 und 2180 auf die Thatsache gestützt, daß die Liquidantin im Februar 1837 volljährig geworden, demnach jedes aus der Minderjährigkeit entsprungene Klagrecht, folgeweise aber auch das mit ihrem Anspruch verbundene Pfandrecht erloschen sei.

Wenn gleich nun das Aufgeben dieser Einrede gegenüber die Forderung selbst nicht als ein Verzicht zugleich hinsichtlich des für dieselbe in Anspruch genommenen Unterpfandsrechts gedeutet werden kann, so ist die erhobene Beschwerde dennoch wegen Verwerflichkeit der Einrede selbst unbegründet.

Die liquidantische Forderung bildet anerkanntermaßen einen Theil des der Oberappellatin nach dem Tode ihrer Mutter und ihrer Schwester während der Minderjährigkeit anerfallenen, von ihrem Vater — dem Cridar — als gesetzlichem Vormund in Empfang genommen, beziehungsweise in dessen Besitz und Verwaltung verbliebenen Erbes. Dafür trat zufolge L.R.S. 2135 unabhängig von aller Eintragung das Unterpfandsrecht auf das liegenschaftliche Vermögen des Cridars ein, welches bis zur Rechnungsablage und Zahlung des Rechnungsrestes oder bis zur Verjährung des Forderungsrechts selbst (L.R.S. 2180), fortdauerte.

Zachariä, Handbuch §. 261. Note 4.

Archiv für Gesetzgebung ꝛc. Bd. II. S. 1.

War derselbe auch in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Nutznießer von der Stellung einer besonderen Sicherheit befreit, L.R.S. 601, so blieb er doch immerhin verbunden, in der gleichzeitigen Eigenschaft als Vormund über den Hauptstock des Vermögens Rechnung abzulegen (L.R.S. 389); und nichts rechtfertigt die Annahme, daß mit der Befreiung von jener Sicherheitsleistung die an sich und in ihren Wirkungen davon ganz verschiedenen allgemeinen Vorschriften über das gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen eine Einschränkung hätten erleiden sollen. Jahrbücher von 1833 S. 42.

Von dem ersten jener beiden Fälle ist hier nicht die Rede; vielmehr wurde erst im gegenwärtigen Verfahren die Erbforderung der Oberappellatin auf deren Antrag um Vornahme einer endgültigen Theilung mit Zustimmung des oberappellantischen Theils festgestellt. Dieser Antrag, verbunden mit dem weiteren, auf Herausgabe des sie hiernach treffenden, vormundschaftlich verwalteten Erbvermögens fällt auch nicht unter den Begriff der im L.R.S. 475 erwähnten Klagen „über die geführte Vormundschaft" (d. i. wegen der Verwaltung der Vormundschaft; vergl. Zachariä, Handbuch §. 122) und unterliegt daher nicht der darin verordneten zehnjährigen, sondern der gewöhnlichen Klagenverjährung von 30 Jahren, welche, da sie erst von dem Eintritt der Volljährigkeit der Liquidantin, von 1837 an zu laufen anfingen, noch nicht vollendet ist ꝛc. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 10.**

I.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

XIII. Die Mündlichkeit des Verfahrens bei den Obergerichten nach dem älteren und neueren Gesetz.

Durch die bürgerliche Prozeßordnung vom Jahr 1831 wurde für das Verfahren bei den Obergerichten ein auf zweckmäßige Verbindung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Verhandlungen mit dem der Schriftlichkeit berechnetes System eingeführt, welches insofern nicht zu seiner vollen Entfaltung gedieh, als die in Aussicht gestellte Einsetzung von Collegialgerichten erster Instanz in Verbindung mit einer entsprechenden Umgestaltung der Gerichtsverfassung überhaupt niemals in das Leben trat. [1])

Die für Collegialgerichte in einem besonderen Titel (XLIII. der A.Pr.O.) gegebenen Bestimmungen, zunächst auf Collegialgerichte erster Instanz berechnet, aber aushilflich auch für andere Collegialgerichte maaßgebend [2]), konnten wegen Nichteintritts der Voraussetzungen, auf welche sie gebaut waren, nicht ohne gewisse Beschränkungen und durch die beibehaltene alte Gerichtseinrichtung von selbst sich ergebenden Abweichungen vom ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers zur Anwendung kommen. [3])

Um die bestehende Gesetzgebung in ihrer geschichtlichen Entwicklung gehörig zu würdigen, vergleichen wir zuerst:

1) Das System der Gesetzgebung vom Jahr 1831 in seiner ursprünglichen Gestalt.

Nach dem damals angenommenen System galten in Beziehung auf die Form der obergerichtlichen Verhandlung folgende Hauptgrundsätze:

I. Für jedes thatsächliche Vorbringen einschließlich aller wesentlichen Gesuche und Beschwerden, ist eine actenmäßige Grundlage, eine schriftliche Erklärung (beziehungsweise die Aufzeichnung in das Sitzungsprotokoll, wo diese statt findet) erforderlich. A.-Pr.O. §. 1104 ff. 1115 ff. §. 1169. 1170. 1215. 1218. 1220. 1240.

II. Rechtsausführungen [3a]) dürfen in den schriftlichen Parteienvorträgen nicht vorkommen; sie bleiben in der Regel der mündlichen Verhandlung vorbehalten. A.-Pr.O. §. 1106 — 1108. Vrgl. aber §. 335. 336 und 674 Ziff. 1; desgleichen unten Ziff. IV.

III. Schriftliche Vorträge und Gesuche sind in der

---

[1]) Auf dem Landtage von 1831 wurde die Einführung von Collegialgerichten erster Instanz beschlossen, nur Sachen von geringem Betrag oder besonderer Eile sollten dem Einzelrichter überlassen bleiben. Welk, über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit nach der Pr.O. Note 25. Hiemit ist zu vergleichen die Vorrede zu Weilers Motiven gegen Ende, auch der Bericht der Gesetzgebungscommission vom 15. Novbr. 1830 im Eingang. Die Adresse der Kammern ging jedoch auf einstweilige Verschiebung der Einführung. Zentner, Rechtsmittel, Note zu §. 1171, (jetzt §. 1220).

[2]) Vrgl. A.P.O. §. 1171. 1096. 1154. Zentner, Rechtsmittel zu §. 1171 (jetzt §. 1220). Die Ueberschrift des Titels „Vom Verfahren erster Instanz bei Collegialgerichten" wurde bei der Umänderung des Gesetzes im Jahr 1851 durch die richtigere Bezeichnung „Vom Verfahren bei Collegialgerichten" ersetzt.

[3]) Vrgl. besonders in Bezug auf die Beweiserhebung Ziff. 1. Satz V. dieser Abhandlung; ferner Note 6 unten.

[3a]) Darunter sind jedoch nur ausführlichere rechtliche Erörterungen (eigentliche Rechtsdeductionen) zu verstehen. Die kurze Hinweisung auf einschlägige Gesetze und Schriftsteller, so weit sie das Maß nicht überschreitet, die kurze Angabe von Rechtsgründen ist allerdings erlaubt.

Digitized by Google

Regel [4]) durch Anwälte oder Gewalthaber aus der Zahl der Advocaten des Obergerichts einzureichen. Mündliche Vorträge erfordern wenigstens die Anwesenheit eines aus der Zahl eben jener Advocaten gewählten Vertreters. A.Pr.O. §. 131. 1100—1103.

IV. Ueber alle wesentlichen Streitpunkte [5]) ist nach Erledigung des schriftlichen Vorverfahrens [6]) mündlich und in der Regel auch öffentlich zu verhandeln, sofern nicht beide Theile auf die mündliche Verhandlung verzichten, oder der Gerichtshof aus Gründen der Zweckmäßigkeit statt der mündlichen Rechtsausführung die schriftliche anordnet, was aber dem Gerichtshofe auf Antrag blos einer Partei oder von Amtswegen nur in Fällen des ordentlichen, nicht des abgekürzten Verfahrens, freisteht. Auf Verlangen beider Theile muß das Gericht schriftliche Rechtsausführungen gestatten.

A.Pr.O. §. 1112. 1126 (vergl. mit §. 336. 674. Ziff. 1) 1132. 1133. 1143. 1145. 1146. 1148. §. 1214 ff.

V. Die Beweiserhebung geschieht in einer hiezu bestimmten Gerichtssitzung, wo nicht deren Vornahme nach Maßgabe des Gesetzes vor einem beauftragten Mitglied des Gerichtshofes oder vor einem anderen hierwegen anzugehenden Richter, namentlich vor einem hiermit zu betrauenden Unterrichter, statt findet.

A.Pr.O. §. 1134—1142.

Uebrigens würde die Beweiserhebung in der Sitzung selbst (welche schon nach dem Inhalt, wenn auch nicht nach der Fassung des Gesetzes, in der That nur die Ausnahme, [7]) nicht die Regel bildete) von der Gerichtsübung nur selten, fast nur bei der Vorlage und Anerkennung einzelner Urkunden, auch die Erhebung durch ein beauftragtes Gerichtsmitglied meist nur bei der Urkundenvorlage und etwa noch bei der Schriftvergleichung und ähnlichen Begutachtungen für gut befunden, so daß die Erhebung der Beweise durch Vermittelung des Unterrichters zur Regel würde; [8]) selbst die Urkundenvorlage fand und findet nach Verlangen beider Anwälte nicht selten auf diesem Wege statt, und zwar zweckmäßiger Weise, wie die Erfahrung zeigt.

VI. In den Fällen des abgekürzten Verfahrens (der abgekürzten Nothfristen) kann die Aufstellung und Verhandlung der Beschwerden vor dem Unterrichter statt finden, aber nur mit Zustimmung beider Theile. Die mündliche Verhandlung vor dem Obergericht fällt in diesem Falle ganz hinweg.

A.Pr.O. §. 1226. 1206.

Dieß war das ursprüngliche System. Hiezu kam:

2) Die erste Gesetzesänderung vom Jahr 1837.

Schon in den ersten Lehrjahren des neuen Prozeßverfahrens stellte es sich heraus, daß der oben unter IV. aufgeführte Hauptgrundsatz der mündlichen Verhandlung, wenn er auch im Allgemeinen sich bewährte, in seiner strengen ausnahmlosen Durchführung eine allzu kostspielige und zeitraubende Vervielfältigung der Verhandlungen, [9]) mitunter wohl eine wahre Verschleppung der Sache nach sich zog.

Es konnte leicht der Fall eintreten, daß auf die erste mündliche Verhandlung eine richterliche Auflage wegen Vervollständigung von thatsächlichen Behauptungen, auf die zweite Verhandlung ein Beweiserkenntniß, auf

---

[4]) Ausgenommen von der Regel sind die in §. 128—130 (jetzt §. 124—126) genannten Rechtsgelehrten und Staatsbeamten in den dort bezeichneten Angelegenheiten.

[5]) Bei dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung war schon nach der alten Prozeßordnung, §. 1249, die Abhaltung einer etwaigen mündlichen Verhandlung dem oberrichterlichen Ermessen anheimgegeben.

Sonst aber sollte die Schlußverhandlung bei Collegialgerichten in gewissem Sinne das **Hauptverfahren** bilden. Bekk, a. a. O. Theil II. Abschnitt 1 zu II. Vrgl. aber unten Ziff. V. und Note 7.

[6]) Nach dem Plane des Gesetzgebers sollte sich das schriftliche Vorverfahren bei Collegialgerichten in der Regel schon mit der Vernehmlassung schließen, eine weitere schriftliche Erklärung (Replik, Duplik u. s. w.) daher nur ausnahmsweise erhoben werden. A.P.O. §. 1112 (jetzt §. 1074) §. 1220 (jetzt §. 1171). Vrgl. die unter Note 1 angeführten Schriften: Bericht der Gesetzgebungscommission S. 16 (des besondern Abdruckes), Bekk, Theil II. Abschnitt 1. A. zu II., Weilers Motive zu §. 1109—1117 des Entwurfes.

Die Gerichtsübung hält aber die Erhebung einer schriftlichen Erklärung des Gegners über vorgetragene erhebliche Einreden, Repliken u. s. w. in der Regel für angemessen, gestützt auf die Erfahrung, daß andernfalls in der Mehrheit oder doch einer großen Zahl von Fällen die Erledigung der Sache eher aufgehalten als gefördert wird und nur größere Weiterungen und Kosten sich ergeben. Vrgl. Zeltner, Rechtsmittel zu §. 1220 (jetzt §. 1171).

[7]) Bekk, a. a. O. Note 43.

[8]) Mit dem Gesetz (A.P.O. §. 1134 folgd.), beziehungsweise dem zu Grunde liegenden Plane des Gesetzgebers, scheint diese Gerichtsübung nicht ganz im Einklang zu stehen.

Vrgl. Weilers Motive zu diesen §§.

[9]) Vrgl. Annalen Jahrg. V. S. 189.

Digitized by Google

die dritte Verhandlung ein Bescheid über die bestrittene Zulässigkeit und Erheblichkeit der Beweismittel, und erst auf die vierte Verhandlung dann ein Endurtheil erging; ja es konnten, wenn der Gerichtshof seine Ansicht über die Beweispflicht änderte, oder wegen eines sonstigen besonderen Anlasses möglicher Weise noch weitere Verhandlungen nöthig werden. [10])

Es war daher, während die anderen Hauptgrundsätze unangetastet blieben, die zweckmäßige Beschränkung jenes unter IV. erwähnten Hauptgrundsatzes schon frühe der Gegenstand besonderer Fürsorge von Seiten unserer Gesetzgebung.

Durch das Abänderungsgesetz vom Jahr 1837 (die s. g. Prozeßnovelle Art. 9) wurde in einem Beisatze zu §. 1133 der A.Pr.O. (jetzt § 1092) dem Gerichtshof die Befugniß ertheilt, nach Ermessen ungeachtet der erhobenen Beweiseinreden die einstweilige Erhebung der nicht unerheblich und unzulässig scheinenden Beweise ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, so daß es den Parteien vorbehalten bleibt, ihre Beweiseinreden seiner Zeit in der Schlußverhandlung mündlich näher auszuführen und noch zur Geltung zu bringen, der Gerichtshof aber geeigneten Falls sogleich das Endurtheil geben kann.

Diese Gesetzesbestimmung hatte in den für den Zeugenbeweis bestehenden Vorschriften gewissermaßen schon ihr Vorbild. [11]) Es kann nicht geleugnet werden, daß sie einen wesentlichen Schritt zur Abhilfe enthielt, allein auf die Dauer konnte diese Abhilfe nicht genügen.

Eine durchgreifendere Abhilfe brachte erst:

3) Die neueste umfassende Abänderung des Prozeßgesetzes im Jahr 1851.

Es hatte sich durch längere Erfahrung gezeigt, daß die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor Erlassung eines nach Sachlage nicht zu umgehenden, keinerlei rechtliche Schwierigkeiten darbietenden Beweiserkenntnisses oder einer anderen Verfügung, wovon der Richter wieder abgehen darf, [12]) in vielen Fällen als eine unersprießliche Weiterung erschien, womit keiner Partei gedient war und nur Kosten und Dauer des Prozesses vergrößert wurden.

So wurde denn in der abgeänderten Prozeßordnung vom Jahr 1851 dem §. 1174 (A.Pr.O. §. 1221a) die zweckmäßige Bestimmung beigefügt, daß Beweiserkenntnisse, sowie andere Verfügungen, von welchen der Richter wieder abgehen darf, vom Appellationsgericht auch ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen werden können.

Diese Beschränkung des oben unter IV. aufgeführten Hauptgrundsatzes [13]) schienen jedoch nicht zureichend, um die bisherigen Mißstände vollkommen zu beseitigen, es schien vielmehr für gewisse Streitsachen von geringem Werthbetrage oder besonderer Dringlichkeit eine weitergehende Abhilfe geboten. Schon die alte Prozeßordnung hatte dieses in §. 1226 anerkannt (vrgl. oben Ziff. VI.); die dort vorgesehene Abkürzung des Verfahrens durch Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter kam jedoch niemals zu einer gedeihlichen Anwendung, weil sie eine Vereinbarung der sich feindlich gegenüberstehenden Parteien (nach der Ansicht mancher Gerichte sogar stets eine außergerichtliche) voraussetzte, und deßhalb verhältnißmäßig selten zu Stande kam, im Falle des Zusammenkommens aber öfters mehr den Charakter einer von Schriftverfassern angestrebten Verlängerung ihrer Thätigkeit, als einer heilsamen Abkürzung der Sache an sich trug.

Der Vorschlag der Regierung im Gesetzesentwurfe vom Jahr 1850—51 hatte sich darauf beschränkt (in §. 1177a), die weitere Bestimmung zu treffen, daß die im

---

[10]) Vier bis sechs Zwischenverhandlungen eines im Beweisverfahren schwebenden Prozesses sollen nach dem Zeugniß von Sander in Jahrg. V. S. 190 dieser Blätter nichts Seltenes gewesen sein. Der mehrfache Wechsel der Stimmführer war hiebei noch ein ganz besonderer Uebelstand.

[11]) Vrgl. P.O. §. 463. Regierungsmotive zu Art. 9 des Abänderungsgesetzes vom Jahr 1837 und Thilo's erläuterte Prozeßordnung zu §. 1133.

[12]) Der Grundsatz von der Unstatthaftigkeit der (besonderen) Appellation gegen Beweiserkenntnisse kam (gegen die Ansicht eines ausgezeichneten Gelehrten, der Mitglied der Gesetzgebungscommission war) aus der alten Obergerichtsordnung in die Prozeßordnung vom Jahr 1831 herüber; der Richter kann vom Beweiserkenntniß jeder Zeit wieder abgehen, ein System, das sich im Ganzen nach langer Erfahrung bewährt hat.

Von andern Zwischenbescheiden kann der Richter nach der Verkündung nicht mehr abgehen. A. P.O. §. 1165 (jetzt §. 1121).

[13]) Wegen des Verzichts auf die mündliche Verhandlung wurden in §. 1088. 1089 nähere Bestimmungen gegeben. Hiedurch wurde die Beseitigung der mündlichen Verhandlung etwas erleichtert. Dagegen wurde die Zulassung schriftlichen Verfahrens zur Beweisanfechtung und Ausführung in §. 1104 nur auf Antrag beider Parteien und wegen besonderer Verwicklung (nach Maßgabe des §. 219) dem Richter gestattet.

Digitized by Google

Falle des Mangels der Appellations- oder Oberappellationssumme ausnahmsweise gestattete Appellation in den einfachen Formen der Beschwerdeführung einzulegen und zu erledigen sei. Statt dieser Maßregel von geringer Tragweite wurde auf Anregung der Commission der zweiten Kammer für eine große Zahl von Fällen, obwohl nicht für alle Fälle des abgekürzten Verfahrens überhaupt, die abgekürzte Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter und damit die Umgehung der mündlichen Verhandlung vor dem Obergericht als Regel eingeführt, vorbehaltlich der richterlichen Befugniß zur Aufklärung der Sache ausnahmsweise dennoch eine mündliche Verhandlung anzuordnen, eine Maßregel, von um so größerer Tragweite, als auch eine Erhöhung des die Grenze der geringfügigen Streitsachen bildenden Betrages (bei persönlichen Verbindlichkeiten) bis zu 150 fl. in Ausführung kam. [14])

Ob nicht diese von der Regierung selbst nicht ausgegangene Maßregel überhaupt ein allzu kühner, tief dringender Schnitt in den jugendlichen Körper des mündlichen Verfahrens war, ob nicht bei ihrer Anwendung der schon oben in Bezug auf A.Pr.O. §. 1226 angedeutete Uebelstand und noch mancher andere hervortritt, insbesondere die Gründlichkeit der obergerichtlichen Entscheidungen über Gebühr dadurch beeinträchtigt wird, auf die wünschenswerthe Verbesserung der Verstöße und Versäumungen im ersten Verfahren bei der fortdauernden Vermittelung des früheren Richters und Anwaltes [15]) in vielen Fällen unterbleiben mag, und ob endlich nicht die Bestimmungen über die Schwierigkeit der einzelnen zur abgekürzten Appellationsverhandlung vor den Unterrichter geeigneten und nicht geeigneten Fälle allzusehr der inneren rechtlichen Begründung und der äußeren sicheren Begrenzung [16]) entbehren, das sind Fragen, welche der Beherzigung des Gesetzgebers wohl werth erscheinen dürften, hier aber nicht näher zu erörtern sind.

Die angestrebte Beschleunigung des Verfahrens kann auf diesem Wege allerdings erreicht werden, jedoch nur insofern als bei der Geschäftseintheilung auf die zur abgekürzten Appellationsverhandlung gehörigen Sachen besondere Rücksicht genommen wird. Insoweit dürfte sich wohl jene Maßregel in vielen Fällen als wirksam bewährt haben.

Der Vollständigkeit wegen muß hier noch erwähnt werden, daß auch der oben unter III. aufgeführte Hauptgrundsatz der nothwendigen Vertretung durch Obergerichtsanwälte, welcher für die Fälle der abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter nach Obigem ohnehin ganz aufgegeben wurde (wenn nicht ausnahmsweise mündliche Verhandlung vom Obergericht angeordnet wird) bezüglich der Einreichung schriftlicher Beschwerdeführungen eine weitere Beschränkung erlitten hat. Pr.O. §. 1206. Der §. 1089 enthält eine ähnliche Ausnahme hinsichtlich solcher Eingaben, worin die Parteien auf die mündliche Rechtsausführung verzichten.

Nur bei gehöriger Beachtung des bisher geschilderten Entwicklungsganges unserer Gesetzgebung wird man zu einer dem Geiste derselben entsprechenden Auffassung des Gesetzes gelangen.

Es ergeben sich hiebei folgende Sätze:

1) Bei allen im Appellationswege zu entscheidenden Sachen, die sich nicht zur abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter eignen, bildet die mündliche Verhandlung des Streites vor dem Obergerichte die Regel und zwar im Ganzen sowie auch im Einzelnen. Jede Abweichung von der Hauptregel ist daher als eine Ausnahme zu behandeln, die durch die besondere Beschaffenheit der Sache gerechtfertigt sein muß. [17])

---

[14]) Ebenfalls auf Anregung der Commission der zweiten Kammer, welche sogar die Erhöhung bis zu 200 fl., also auf das Doppelte des früheren Betrages, verlangt hatte. Man vereinigte sich auf einen mittleren Betrag.

[15]) Vrgl. unten Note 29. Bedenken in dieser Richtung sind schon im Commissionsbericht der ersten Kammer von Freiherr von Rüdt zu §. 1226, obwohl nur als Ansicht der Minderheit geltend gemacht worden. Hat die Erfahrung sie widerlegt?

[16]) Vrgl. unten Note 24.

[17]) In welchem Geiste man bei der Einführung des neuen Verfahrens im Jahr 1831 die Vortheile der Mündlichkeit auffaßte, läßt sich aus dem Bericht der Gesetzgebungscommission, worin eine mündliche Verhandlung vor Collegialgerichten als unabweisliche Forderung der Zweckmäßigkeit dargestellt wird, aus Weiler's Motiven zu Tit. XLIII., worin die wesentlichen, nicht zu berechnenden Vortheile der Mündlichkeit aufgezählt werden, aus Bekk's Schrift über die Mündlichkeit Theil II. Abschnitt 1, so wie aus so manchen anderen Zeugnissen aus jenen vom Hauch einer neuen Zeit bewegten Tagen deutlich erkennen. Wenn auch der wirklich erschienene Erfolg dem erwarteten Erfolge gegenüber in mancher Hinsicht nur ein ungleich bescheideneres Maß von Vortheilen zeigte, so hat sich doch der Grundsatz der Mündlichkeit und namentlich auch dessen Durchführung im Verfahren der Obergerichte im Ganzen in der Anwendung bewährt. In welchem Geiste auch

Digitized by Google

2) Hieraus folgt, daß die in Pr.O. §. 1092 gegebene Befugniß zur Umgehung einer besonderen mündlichen Verhandlung über die bestrittene Erheblichkeit oder Zulässigkeit von Beweismitteln nicht in allzureichem Maaße in Anwendung kommen soll. In allen denjenigen Fällen, wo bedeutendere Zweifel über die Erheblichkeit oder Zulässigkeit obwalten und nicht etwa die Erhebung des Beweismittels seiner Einfachheit wegen ohne besonderen Nachtheil geschehen kann, in allen Fällen, wo der besondere Umfang oder die Verwicklung der Sache eine vorherige mündliche Verhandlung als wünschenswerth erscheinen läßt, oder wo die vorläufige Erhebung der mit nicht ganz unhaltbaren Gründen bestrittenen Beweise bedeutende Kosten verursachen würde, oder besondere Nachtheile für eine Partei besorgen ließe u. dergl. m., würde die Umgehung der vorgängigen mündlichen Verhandlung dem richtigen Sinn und Geist des Gesetzes nicht entsprechen [18])

3) Aber auch da, wo die vorgängige mündliche Verhandlung über die bestrittenen Beweismittel hienach umgangen werden mag, darf über die vorgeschützten Beweiseinreden bei der Beweiserhebung noch keinenfalls endgültig entschieden werden. Diese Entscheidung, welche keine solche Verfügung sein würde, wovon der Richter wieder abgehen dürfte, (Pr.O. §. 1174 Abs. 2. §. 1121), ist vielmehr dem auf Grund der mündlichen Verhandlung [19]) ergehenden Endurtheil vorzubehalten, worin sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen mag:

Die Beweiserhebung ist bis dahin nur eine einstweilige.

4) Aus dem an die Spitze gestellten Satze (Ziff. 1 oben) folgt ferner, daß auch die Erlassung eines Beweiserkenntnisses ohne mündliche Verhandlung mehr als eine Ausnahme denn als eine Regel zu behandeln ist. Wo es sofort klar erscheint, daß ein Beweiserkenntniß noch in Bezug auf bestimmte Thatsachen nothwendig wird z B. wenn die neue Einrede oder Replik der Zahlung, Wettschlagung u. s. w. vorgetragen ist und keine rechtlichen Bedenken obwalten, oder wenn der Unterrichter durch offenbares Versehen eine erhebliche Behauptung im Beweiserkenntniß aufzuführen unterlassen hat, ferner, wo gemäß Pr.O. §. 88 wegen eines bestrittenen Rechtsüberganges eine vom Beweiserkenntniß in der Hauptsache gesonderte Beweisauflage eintritt, deßgleichen, wo mehrere gleichartige Streitsachen der nämlichen Kläger oder Beklagten vorliegen und in einem Theil derselben schon gleichmäßige Beweiserkenntnisse ergingen, endlich auch da, wo der geringe Werthbetrag des Streites oder die Rücksicht auf die besondere Lage der Sache (schon vorausgegangene mündliche Verhandlung, geänderte Ansicht über die Beweislast u. dergl.), die Umgehung der vorgängigen mündlichen Verhandlung wünschenswerth macht, in allen diesen gewiß nicht seltenen Fällen und in anderen ähnlichen entspricht die Ersparung der vorherigen mündlichen Verhandlung der Absicht des Gesetzes [20]) und kann ohne Verstoß gegen den Geist des mündlichen Verfahrens Platz greifen. Wo dagegen solche Gründe nicht vorhanden sind, insbesondere, wo die Rechtsfrage irgend verwickelt oder zweifelhaft erscheint, wo es erst der näheren Vergleichung und Würdigung der nicht einfachen Umstände des Falles, einer Verständigung über diesen oder jenen zweifelhaften Gesichtspunkt, ja der Entscheidung über die den vorzüglichsten Streitpunkt bildende Rechtsansicht bedarf, wo auch die angedeuteten besonderen Rücksichten auf geringen Werthbetrag, schon vorhergegangene Verhandlungen u. s. w. nicht zutreffen, da würde die Umgehung der mündlichen Verhandlung als eine nicht zu billigende Versündigung gegen den Geist des mündlichen Verfahrens erscheinen, wonach immer die mündliche Verhandlung als eine nicht ohne Noth zu verletzende Regel anzusehen ist. [21])

---

die Gesetzgebung vom Jahr 1851 den Grundsatz der Mündlichkeit betrachtete, ist aus den Regierungsmotiven zum Gesetzesentwurf in Vergleichung mit den Commissionsberichten beider Kammern zu ersehen. Die erschwerte Zulassung des schriftlichen Verfahrens (§. 219—220. 242. 1104), sowie die Erleichterung und Beförderung des mündlichen Verfahrens (§. 221. 630 folgd.) gibt ebenfalls davon Zeugniß.

[18]) Die Regierungsmotive zum Art. 9 des Abänderungsgesetzes vom Jahr 1837 heben besonders den Fall hervor, wenn die Verwerflichkeit der Einreden augenfällig ist.

[19]) Da in den schriftlichen Vorträgen der Parteien bei den Obergerichten keine Rechtsausführungen vorkommen dürfen (P.O. §. 1071), so muß den Parteien noch eine Gelegenheit zum Vortrag ihrer rechtlichen Ausführungen in Bezug auf ihre Einwendungen gewährt werden.

[20]) Die Einführung des zweiten Absatzes des §. 1174 (§. 1121 a) wurde „zum Zwecke der Beschleunigung des Appellationsverfahrens" vorgeschlagen. Commissionsbericht der II. Kammer von A. Mayer, §. 19.

[21]) Sehr beherzigenswerth ist folgender Ausspruch in den Regierungsmotiven zur abgeänderten Prozeßordnung vom Jahr 1850—51: „So viel aber ist gewiß, daß eine Prozedur,

Digitized by Google

Was von den Beweiserkenntnissen gilt, das findet auch auf andere Zwischenverfügungen, von denen der Richter wieder abgehen darf, namentlich auf richterliche Auflagen wegen Ergänzung der Verhandlungen seine Anwendung.

5) Hiernach kann es wohl nicht im Sinne des Gesetzes liegen, daß wegen eines möglichen Beweiserkenntnisses oder wegen etwaiger Vorverfügungen in jedem nicht zur abgekürzten Appellationsverhandlung gehörigen Falle im Voraus eine erschöpfende Sachdarstellung von Seiten des aufgestellten Gerichtsmitgliedes und eine eingehende Berathung und rechtliche Würdigung von Seiten des Gerichtshofes zum Zweck der Herbeiführung eines solchen Erkenntnisses oder einer solchen Vorverfügung ohne mündliche Verhandlung erfolge. Ein derartiges Verfahren würde dem Geist der Gesetzgebung widerstreiten. Wenn der Gerichtshof im Voraus seine Ansicht über die rechtlichen und thatsächlichen Streitpunkte collegialisch vollkommen feststellt, so verliert die nachfolgende mündliche Verhandlung den besten Theil ihres Werthes und ihrer Bedeutung und es tritt der Gerichtshof mit einer vorgefaßten Meinung in den öffentlichen Gerichtssaal, was gewiß öfter der unbefangenen Würdigung der mündlichen Rechtsausführungen Eintrag thun wird.

Dieß scheint in der That sehr einleuchtend, und es kann der scheindare Vorzug einer blos formellen Geschäftsbeschleunigung diesem Hauptmangel gegenüber nicht schwer ins Gewicht fallen. [22])

6) In den Fällen der Appellation gegen ein die Ladung versagendes Erkenntniß, soweit nicht die Appellation gemäß Pr.O. §. 1185 vor dem Unterrichter zu verhandeln ist [23]), scheint eine die Verhandlung der Sache selbst anordnende Verfügung des Oberrichters (Ladung in der Hauptsache) vor der mündlichen Verhandlung über die Ladungsversagung überhaupt rechtlich unstatthaft zu sein. In der abgeänderten Prozeßordnung vom Jahr 1851 (§. 1173 verglichen mit A.P.O §. 1230—1238 und den Regierungsmotiven zu deren Aufhebung) [24]) ist für solche Appellationen, das gewöhnliche Verfahren vorgeschrieben, nur findet kein Vorbringen von Neuheiten Statt; es ist daher die Gegenpartei regelmäßig zur mündlichen Verhandlung mit vorzuladen, damit sie, wenn sie das zu ihren Gunsten lautende unterrichterliche Urtheil aufrecht erhalten wissen will, ihre rechtliche Ausführung über die streitige Rechtsfrage vortrage, wozu sie jetzt erst Gelegenheit findet, da sie ja noch gar nicht gehört wurde. Ihr dieses Recht ganz abzuschneiden, oder durch die einstweilige Verhandlung der Sache selbst thatsächlich zu vereiteln, muß auch abgesehen von der Frage, inwiefern der Richter die einmal verfügte Ladung wieder zurücknehmen darf, an sich gegründeten Bedenken unterliegen. Die Rechtsfrage ist ohnehin in solchen Fällen immer eine bestrittene oder doch in Zweifel gezogene, eine mündliche Rechtsausführung daher wohl nicht überflüssig, es müßte denn etwa der Unterrichter durch ein ganz augenfälliges Versehen (z. B. durch Anwendung eines aufgehobenen oder Mißachtung eines neu eingeführten Gesetzes) gegen klares Recht erkannt haben. Ein solcher Fall wird aber nicht häufig vorkommen, daß

---

welche durch Uebereilung die Möglichkeit eines gründlichen Gehörs der Parteien und einer sorgfältigen Würdigung ihres Vorbringens ausschließt, weit verderblichere Früchte bringt, als wenn sie an dem entgegengesetzten Fehler leidet."

[22]) Die größere Gründlichkeit, die bei solcher Geschäftsbehandlung erzielt werden mag (vielfach wohl eine blos scheinbare, weil die Prüfung der Sache nach doch keine ganz umfassende und gründliche sein wird), wäre eine auf Kosten der Mündlichkeit gewonnene Gründlichkeit, und insoferne die mündliche Grundlage nach dem Grundgedanken des Gesetzes als wesentlich erscheint, eine einseitige, und daher gar keine wahre Gründlichkeit.

Hienach möchte es schwer zu erklären sein, wie eine solche Geschäftsbehandlung bei Gerichtshöfen Eingang und namentlich den Beifall eines so ausgezeichneten Kenners und Förderers der Mündlichkeit wie Bekk finden konnte. In neuerer Zeit wird dieselbe auch bei dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises nicht mehr allgemein festgehalten. Bei dem Hofgericht des Unterrheinkreises fand solche meines Wissens niemals statt.

[23]) Vor dem Unterrichter findet die Appellationsverhandlung bezüglich der Ladungsversagungen dann statt, wenn das Untergericht sich für unzuständig erklärte, oder eine persönliche Verbindlichkeit im Betrag von nicht mehr als 150 fl. oder sonst einer der in §. 642 Ziff. 2 bis 4 bezeichneten Sachen, oder ein dinglicher Anspruch, dessen Werth die Appellationssumme nicht erreicht, den Streitgegenstand bildet, oder einer der ferner besonders vorgesehenen Fälle, wie eine blose Nebensache, ein Streit über dinglichen Arrest, einstweilige Verfügung, Klagaufforderung, Gesuch um eine bestimmte Prozeßart u. s. w. vorliegt.

Die nicht glückliche Fassung des Pr O. §. 1185 tritt hier zu Ziff. 2 und 4 besonders hervor. Vrgl. Annalen Jahrgang XXtt. S. 166.

[24]) „Es hat in der That keinen vernünftigen Grund bei Versagung der Ladung ein anderes Verfahren für die Berufung vorzuschreiben, als bei den übrigen Appellationsfällen, vielmehr ist diese Vermehrung der Formen im Widerspruch mit dem Grundsatze der Einfachheit." Motive zum Entwurf Art. XLVIII.

Digitized by Google

hiewegen eine Abweichung der Regel besonders nöthig erschiene, und gerade weil der erste Richter sich einen so gröblich scheinenden Verstoß zu Schulden kommen ließ, wird ein vorsichtiges Verfahren mit Beobachtung der regelmäßigen Form auf Seiten des Oberrichters um so mehr am Platze sein. [25])

7) In den zur abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter geeigneten Sachen (keineswegs aber in allen Fällen der abgekürzten Appellation), bildet die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung vor dem Appellationsgerichte allerdings die Regel. Es liegt jedoch nicht im Sinne der Gesetzgebung, daß diese Regel ohne Ausnahme überall Anwendung finde, da unter jenen Sachen Streitigkeiten von besonderer Verwicklung oder rechtlicher Schwierigkeit und dabei selbst von größerem oder doch ganz unbedeutendem Werthbetrag öfters vorkommen können, so daß die mündliche Verhandlung vor dem Gerichtshof sehr am Platze erscheinen mag. Nach §. 1188 bleibt es dem Ermessen des Obergerichts vorbehalten, eine solche Verhandlung anzuordnen, sofern es dieselbe zur Aufklärung für zweckdienlich erachtet.

Wenn die Obergerichte von der ihnen in nicht schwurgerichtlichen Straffachen mit ähnlichen Worten ertheilten Befugniß zur Abhaltung einer mündlichen Verhandlung in Folge der zwingenden Macht der gegebenen Verhältnisse wenig oder gar keinen Gebrauch machen, so gestalten sich dagegen hier im Gebiete des bürgerlichen Verfahrens die Verhältnisse anders; es ist zu wünschen, daß die Gerichtshöfe von ihrer Befugniß nicht allzu spärlich Gebrauch machen. Hier handelt es sich nicht, wie in Straffachen, um eine Wiedervorführung des gesammten Beweisstoffes, um Vorladung von Zeugen, Sachverständigen u. s. w., sondern um einfache Rechtsausführungen, weßhalb große Weiterungen und Kosten nicht zu besorgen sind. In bürgerlichen Rechtssachen bildete die mündliche Verhandlung vor dem Obergericht schon seit langer Zeit die gesetzliche Regel und es ist diese Hauptregel auch jetzt nicht aufgehoben, sondern nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit beschränkt worden. [26]) Endlich dürfte auch die Rücksicht auf unsere Obergerichtsanwälte, deren Gebühren und Verdienst durch die neue Gesetzgebung und die Zeitverhältnisse empfindlich geschmälert wurde, wohl eine billige Beachtung verdienen. [27])

Da wo die schon in dem ersten Rechtszuge aufgetretenen Anwälte auch bei der Appellationsverhandlung die Parteien vertreten und etwa eine mangelhafte oder verkehrte Auffassung der Streitverhältnisse zum Nachtheil der Sache auch in den zweiten Rechtszug hinüber getragen haben, [28]) bietet die Anordnung einer mündlichen Verhandlung bei dem Obergericht diesem ein geeignetes Mittel dar, die Sache noch zu einer gedeihlicheren Erörterung zu bringen.

Insbesondere aber zeigt sich die Anordnung einer mündlichen Verhandlung am Obergericht dann als ein sehr zu empfehlendes Auskunftsmittel, wenn nach Beschaffenheit der Sache und wegen Unklarheit des Gesetzes [29]) gegen die Zulässigkeit der Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter Bedenken obwalten, ein Fall, der nicht ganz selten eintritt.

In diesem Falle wenigstens wurde bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises sowie bei dem des Mittelrheinkreises

---

[25]) Im Zusammenhange mit der oben in Note 22 erwähnten Geschäftsbehandlung scheint selbst die Einleitung der vom Unterrichter abgeschlagenen Verhandlung mitunter ohne vorgängige mündliche Verhandlung angeordnet worden zu sein.

Da das Gesetz die Berufung gegen eine Ladungsversagung jetzt gleich einer anderen Appellation behandelt, der Beklagte demgemäß als Gegenpartei zur mündlichen Verhandlung zu laden ist, um für Aufrechterhaltung des zu seinen Gunsten ergangenen Erkenntnisses das etwa Dienliche vorzutragen, so kann eine oberrichterliche Verfügung, die im Wesentlichen das gewährt, was der Unterrichter versagt hat, ohne vorgängige mündliche Verhandlungen nicht zulässig erscheinen.

[26]) Vrgl. oben Note 18.

[27]) Wenn man erwägt, wie viele mündliche Verhandlungen früher gesetzmäßig Platz griffen (vrgl. Note 10 oben) und wie die Gebühren der Anwälte nicht ohne Rücksicht hierauf geregelt wurden, wenn man ferner die beträchtliche Erhöhung des Preises aller Lebensbedürfnisse in Betracht zieht, so muß eine den Verhältnissen entsprechende neue Regelung der Anwaltsgebühren wohl als geboten erscheinen.

In letzterer Hinsicht erscheint dieselbe eben so wie die neue Regelung der Besoldungen der Staatsbeamten als eine (über kurz oder lang) unabweisliche Forderung der Gerechtigkeit, nicht blos der Billigkeit und der Staatsweisheit.

[28]) Daß die Anwaltsvorträge in solchen Fällen häufig nur Wiederholungen und Verweisungen auf früher Gesagtes enthalten, liegt in der Natur der Dinge. Die Anwaltskosten des zweiten Rechtszuges können unter solchen Umständen vom Richter freilich kaum als nothwendige anerkannt werden, während in Folge der wirksameren Hilfe eines anderen Anwaltes die Anwaltskosten wohl öfter in einem ganz anderen Lichte erscheinen möchten.

[29]) Vrgl. oben Note 17. 24.

Digitized by Google

schon wiederholt von der Befugniß des §. 1188 Gebrauch gemacht.

Wir schließen die vorliegende Abhandlung mit dem wiederholten Ausspruch, daß sich die Mündlichkeit des Verfahrens vor den Obergerichten in der Art, wie sie im badischen Prozeßgesetze zur Anerkennung gekommen ist, im Ganzen als heilsam bewährt hat und demgemäß, auch, im richtigen Geiste aufgefaßt, abgesehen von einigen, angedeuteten Punkten, unseren Nachbarländern, in denen die Einführung eines ähnlichen, im Sinne des deutschen Prozesses entwickelten, Verfahrens in Frage kommt, mit gutem Gewissen zur Nachahmung empfohlen werden kann.

Eduard Brauer.

II.

Beschwerdesumme.

Die Zulassung einer Berufung, welche in Beziehung auf die Ordinationssumme auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung beruht, kann wieder aufgehoben werden, sobald durch ein inzwischen eingetretenes Ereigniß die Streitsumme auf einen zur Appellation nicht hinreichenden Betrag fixirt wird.

Bürgermeister Stein von Gengenbach wurde wegen Körperverletzung des Meinrad Fehrenbach von da in Untersuchung gezogen, und wegen dieses Vergehens bestraft. Fehrenbach erhob im Wege des Civilprozesses eine Klage auf Entschädigung gegen Stein, indem er durch die ihm zugefügte Körperverletzung arbeitsunfähig geworden zu sein behauptete. Das Amt wies die Klage ab. Das mittelrheinische Hofgericht erkannte aber den Beklagten für schuldig, dem Kläger „eine tägliche Entschädigung von 20 kr. vom 4. Mai 1855 bis zu dessen Wiedergenesung, oder wieder eintretender Arbeitsfähigkeit, oder aber bis zu dessen Ableben zu bezahlen."

Der Verurtheilte ergriff die Oberberufung an das großh. Oberhofgericht. Dieser Gerichtshof erkannte Ladung. Ehe jedoch die Sache zur endgiltigen Entscheidung gelangte, starb der Kläger. Die nach Maasgabe des hofgerichtlichen Urtheils bis zum Tode des Klägers verfallene Entschädigungssumme erreichte bei Weitem nicht die Summe von 500 fl., und es erhob sich nun die Frage, ob bei dem Mangel der Oberberufungssumme die Verhandlungen im dritten Rechtszuge fortzusetzen seien.

Das Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts lautet:

Nach Ansicht des hofgerichtlichen Erkenntnisses vom 5. September v. J. und in Erwägung, daß es sich hier um einen Streitgegenstand handelt, dessen Größe nicht mit Sicherheit ermittelt, sondern nur nach Muthmaßungen bestimmt werden kann, so lange der Kläger am Leben ist.

In Erwägung, daß bei Erlassung der Ladungsverfügung vom 16. Oktober 1856 in Rücksicht auf das Lebensalter des Klägers von 37 Jahren nach gewöhnlicher Wahrscheinlichkeitsberechnung noch eine zur Herstellung der Ordinationssumme (500 fl.) hinreichende Lebensdauer zu vermuthen, und somit damals kein Grund, die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu beanstanden, vorhanden war. §§. 1165. 1166 Pr.O.;

in Erwägung jedoch, daß durch den am 3. v. M. eingetretenen Tod des Klägers, mit welchem urtheilsmäßig die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung von täglich 20 kr. aufhört, jede Vermuthung durch die Gewißheit des Gegentheils aufgehoben wurde, indem darnach der Betrag der urtheilsmäßigen Entschädigung weitaus die Summe von 500 fl. nicht erreicht;

in Erwägung, daß die bei der Ungewißheit des Sachwerths auf Muthmaßung hin erkannte Ladung keineswegs rechtskräftige Entscheidung über das Recht der Oberappellation zu Gunsten des Klägers bildet, vielmehr diese Ladung nach Ansicht der §§. 1164 und 330 Pr.O. zurückgenommen werden muß, wenn vor Entscheidung der Hauptsache die Gewißheit eingetreten ist, daß die Ladungsverfügung auf einer unrichtigen Voraussetzung beruhte;

aus diesen Gründen erscheint die eingeführte Oberappellation als unstatthaft.

Deßhalb wurde erkannt:

es sei die von dem Beklagten gegen das Urtheil des großh. Hofgerichtes vom 5. September 1856 ergriffene Oberberufung als unstatthaft zu verwerfen. D.

In der Buchhandlung von F. Enke in Erlangen ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Dr. Mittermaier, die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft. Preis fl. 6.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 11.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung des Aufsatzes in No. 9.)

Zu meinem ersten Aufsatze muß ich noch die Bemerkung nachtragen, daß über den preußischen Entwurf bis zum Ende des I. Buchs gute kritische Bemerkungen in einem, auch als Separat-Werkchen veröffentlichten (Heidelberg bei Bangel und Schmitt 1857) Aufsatze in Bd. IV. Heft 2 der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft von Privatdocent Dr. Goldschmidt mitgetheilt sind, worin derselbe z. B. S. 10 ff. des Separatabdrucks die von mir geäußerten Bedenken über die Art der Definition von Kaufleuten und Handelsgeschäften ebenfalls aufstellt. Uebrigens lag dem Herrn Verfasser nicht der jetzige, sondern ein älterer Entwurf vor, woher es kommt, daß auf S. 16 von Bestimmungen über den minderjährigen Handelsmann gesprochen wird, welche der Entwurf in seiner neuesten Fassung nicht mehr enthält.

Der IV. Titel des Entwurfs „Von Handelsfirmen" enthält die Vorschriften über die Firma, d. i. den Handelsnamen, unter welchem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte treibt und Unterschrift abgibt. (Art. 19.) Daß eine neu begründete Firma kein Gesellschaftsverhältniß andeuten darf, wenn ein solches nicht besteht (also nicht N. N und Comp., wenn nicht wenigstens stille Gesellschafter vorhanden sind), sowie daß eine solche den Familiennamen enthalten muß, (also nicht Sach-Firmen, z. B. Akademische Buchhandlung ohne Beifügung des Namens des Besitzers), kann ich nicht mit Goldschmidt S. 18 für eine zu weit getriebene Vorsicht halten, sondern es scheint mir der betreffende Art. 20 dem Wesen der Firma als Handelsnamen eines Kaufmanns vollkommen zu entsprechen, und sehr nöthig zu sein, um dem vielfach auf Täuschung berechneten Mißbrauche mit den Firmen zu steuern, wie auch Brinckmann, Handelsrecht §. 18 namentlich in Note 3. 4. 5 anerkennt. Es ist dieß um so einleuchtender, als Art. 26. 27 den Erwerb einer bereits bestehenden Firma, jedoch sehr richtig nicht ohne das Etablissement, gestatten.

Ueber die Firma der offenen und der stillen Handelsgesellschaft enthält Art. 22 die Bestimmungen des französischen und badischen H.G.B. Art. 20. 21. 23 Abs. 2, und es scheint mir Brinckmann, Handelsrecht §. 34 Note 7. 8 zu weit zu gehen, wenn er der stillen Gesellschaft das Recht der Firma bestreitet, während es gewiß überall herkömmlich ist, daß ein Kaufmann, welcher stille Gesellschafter hat, seiner Firma den Zusatz „und Comp." beifügt. (Fremery, S. 39. ff. Thöl, Handelsrecht §. 36. Gerber, deutsches Privatrecht §. 196 Note 4. Morstadt, Handelsrecht S. 59–61.) Dagegen bin ich mit Brinckmann §. 21 Note 2 (vrgl. auch Morstadt S. 61) einverstanden, daß mit Unrecht der Entwurf vom Jahr 1849 Tit. III. Art. 79 und der preußische Entwurf Art. 23 bezüglich der Aktien-Gesellschaften (der unbenannten Handelsgesellschaften unseres H.G.B.) entgegen dem Art. 29 des badischen und französischen H.G.B. von einer Firma spricht, während eine solche Gesellschaft nur nach ihrem Gegenstand (z. B. Darmstädter Bank für Industrie und Handel) bezeichnet wird.

Die Firma soll nach dem richtigen Grundsatze der Art. 19. 20 des preußischen Entwurfs ein Personennamen sein, und dem widerstreitet es, wenn man eine sachliche Benennung als Firma ansieht. Wäre z. B. eine Schuldurkunde nur unterzeichnet „Darmstädter Bank für Industrie und Handel," ohne daß deren Vertreter, Direktor u. s. w. ihren Namen unterschrieben haben, so wäre dieß gewiß ungenügend, und doch wäre die von dem preußi-

Digitized by Google

schen Entwurfe als Firma betrachtete Bezeichnung gebraucht. Um solchen und anderen Mißverständnissen vorzubeugen, wird es nothwendig sein, zu der Bestimmung des französischen H.G.B. zurückzukehren, welche auch Art. 36 des holländischen H.G.B angenommen hat. Wenn allerdings der im gewöhnlichen Leben übliche Sprachgebrauch unter Firma auch jene Real-Namen der Aktiengesellschaften versteht, so gereicht dies dem Entwurfe nicht zur Rechtfertigung, da ein Gesetz die einzelnen Begriffe scharf von einander trennen muß, sofern, wie hier, die in der Sache selbst liegenden Gründe es erfordern.

Sehr zweckmäßig sind die Vorschriften in Art. 21. 25. 26 darüber, daß man sich durch Eintragung der mit einem unterscheidenden Zusatze versehenen Firma in das Handelsregister das ausschließliche Recht auf deren Führung sichern kann, so daß ein anderer dieselbe Firma nur dann gebrauchen darf, wenn er an einem anderen Orte und in einer anderen Gemeinde wohnt.

Die Schlußbestimmung in Art. 28 über die strafrechtlichen und civilrechtlichen Folgen der unbefugten Führung einer Firma, bedarf der Ergänzung durch Aufnahme einer ausdrücklichen Strafbestimmung, da die jetzige Fassung nur für Preußen berechnet war, und in vielen deutschen Staaten, z. B. in Baden, kein allgemeines Strafgesetz wegen Führung eines falschen Namens besteht. (Vrgl. landesherrliche Verordnung vom 18. Januar 1838 Reg.-Bl. No. V. Str G.B. §. 444. 445. 450 ff. 471 ff. 640. H.R.S. 109a.)

Im Allgemeinen verdient dieser Titel große Anerkennung, da er das kaufmännische Firmen-Wesen als ein Ganzes auffaßt und ordnet, das französische H.G.B. gedenkt nemlich der Firma nur bei den Handelsgesellschaften (Art. 20. 21. 23. 29) ausführlich, und erwähnt sie noch einmal nebenher bezüglich des Commissionärs in Art. 91, während es von selbst einleuchtet, daß auch bei dem einzelnen Kaufmanne die Firma regelmäßig vorkommt und für ihn vom höchsten Werthe ist. Vielleicht haben die seiner Zeit viel besprochenen Streitigkeiten über die Firma der Fabrikanten von Köllnischem Wasser Anlaß gegeben, allgemeinere Grundsätze aufzusuchen und in den preußischen Entwurf aufzunehmen.

Der beschränkten Auffassung des französischen H G.B. ist übrigens sogar noch das holländische H.G.B. Art 16. 20. 36. 76, sowie der Entwurf vom Jahr 1849 Tit. III Art. 4. 5. 62. 73 Tit. V. Art. 1 gefolgt, und selbst in wissenschaftlichen Werken über deutsches Handelsrecht findet sich der gleiche Irrthum, worin sich jedoch das überhaupt sehr tüchtige Lehrbuch von Brinckmann auszeichnet, welches in §. 21 die kaufmännische Firma selbstständig behandelt.

Die Grundsätze über die wichtige Lehre **von den Handelsbüchern** in Tit. V. Art. 29 — 38 lassen sich dahin zusammenfassen:

1) Ohne an bestimmte Bücher oder eine bestimmte Art der Buchführung gebunden zu sein, muß jeder Kaufmann seine Buchführung so einrichten, daß daraus zu jeder Zeit seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind.

2) Regelmäßig geführte Bücher liefern zwischen Kaufleuten in Handelssachen nach dem Ermessen des Gerichts den vollen, oder nur den zur Auflage eines Notheids genügenden, oder im Falle des Widerspruchs untereinander, auch gar keinen Beweis.

3) Mängel in der Buchführung entziehen — wieder je nach Ermessen des Gerichts — dem betreffenden Buche die Beweiskraft ganz oder theilweise.

4) Gegen Nichtkaufleute sind auch in Handelssachen die Handelsbücher für sich allein zur Erbringung des Beweises nicht genügend.

Dadurch werden vor Allem sehr glücklich die Mängel des französischen Systems vermindert, dessen unpraktische beengende Vorschriften selbst noch theilweise im holländischen Art. 6 ff. beibehalten sind, und sich auch im Entwurfe von 1849 Tit. II Art. 4 finden (von Brinckmann im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXIII. Jahrgang 1850 S. 75 deßhalb scharf angegriffen). Nach Goldschmidt S. 19 ff. hatte der ursprüngliche preußische Entwurf sich ebenfalls dieser Anschauungsweise angeschlossen, und wird deßhalb dort getadelt. Um so erfreulicher ist die jetzige freiere und richtigere Fassung, denn es bedarf, um deren Vorzüglichkeit nachzuweisen, nur der Erwähnung, daß die Buchführung bei den einzelnen Kaufleuten nach der unendlichen Verschiedenheit ihres Geschäftsbetriebs unmöglich gleichförmig sein kann, wie es allgemein bekannt ist, daß die Buchführung nach Maßgabe unseres Handelsgesetzbuchs bei den badischen Kaufleuten nicht leicht zu finden ist. (Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 366 Note 3.)

Die Vorschrift, daß der Kaufmann die erhaltenen Briefe und Abschriften der abgesendeten Briefe aufbewahren muß, ist als allgemein üblich und an sich zweckmäßig gerechtfertigt. Dagegen scheint es mir eine Inconsequenz und

Digitized by Google

eine für kleine Geschäftsleute unausführbare Vorschrift, daß nach Art. 30. 31 jedes Jahr ein sehr umständliches Inventar gefertigt werden soll. Hat auch das holländische H.G.B. Art. 8 eine ähnliche, übrigens weniger in's Einzelne gehende und das badische und französische H.G.B. Art. 9 sogar die gleiche Vorschrift, so widerspricht es doch dem Leben. Die Detail-Handlungen (und solche sind die große Mehrzahl) sind ungeachtet des allegirten Art. 9 des H.G.B. froh, wenn sie alle drei oder vier Jahre zum Inventarisiren kommen, und nun soll jeder Landkrämer alljährlich ein Inventar und eine Bilanz fertigen! Dieß ist unmöglich, und trotz aller Gebote wird es nicht geschehen, weßhalb es besser ist, sie lieber nicht zu geben, oder wenigstens auf gewisse Fälle, z. B. Banquier, Großhändler u. dgl. m., zu beschränken.

Die Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher sind gut ausgedacht und rechtfertigen sich schon als nothwendige Folge davon, daß die Handelsgerichte nicht an bestimmte Beweisregeln gebunden sein sollen. Von diesem Standpunkte aus stellen sich manche, übrigens an sich richtige, Einzelnbestimmungen, z. B. über Paginirung, Ausstreichungen u. s. w. als überflüssig dar, während sich ebendaraus die, freilich eigentlich in das VI. Buch gehörigen, Bestimmungen der Art. 37. 38 rechtfertigen, daß nemlich der Richter von Amtswegen die Vorlage der Handelsbücher anordnen darf, wie dies französisches und badisches H.G.B. Art. 15 und holländisches H.G.B. Art. 12 auch gestatten.

In den nun folgenden Titeln VI. Von den Faktoren. Titel VII Von den Handlungsgehülfen. Titel VIII. Von den Börsen und Titel IX. Von den Handelsmäklern sind die kaufmännischen Hilfspersonen und Hilfsanstalten abgehandelt. Darin ist viel Gutes aber auch zu viel des Guten, nemlich eine Kasuistik, welche den einzig richtigen Standpunkt des Gesetzgebers, die Aufstellung leitender Grundsätze, nicht genügend festhält. (Goldschmidt S. 25 ff.)

Allerdings hat schon Brauer gefühlt, daß das gänzliche Schweigen des französischen H.G.B. über die beiden ersten Materien (auch das holländische H.G.B. leidet auffallender Weise an diesem Mangel) ungeeignet ist, da bezüglich ihrer für das Handelsrecht manche Eigenthümlichkeiten bestehen, und so besitzen wir in Art 7a bis 7e unseres H.G.B. einige, freilich nicht ausreichende Bestimmungen über Handlungs-Verwalter (Faktoren) und Handlungsdiener.

Füglich hätte der preußische Entwurf in einem Titel über Faktoren und Handlungsgehülfen sprechen können und sollen, da die Faktoren ebenfalls Handlungsgehülfen sind, welche sich nur durch den Umfang ihrer Befugnisse auszeichnen, und da auf diese Weise manche Wiederholung vermieden worden wäre. Statt des Ausdrucks „Faktor" würde sich die im badischen H.G.B. gewählte Bezeichnung „Handlungsverwalter" als deutsch und gut empfehlen.

Der Faktor vertritt unbeschränkt im Betriebe des Handelsgeschäfts seinen Herrn, wird mithin weder selbst berechtigt noch verpflichtet durch seine Geschäfte mit Dritten. (Art. 40—42.)

Wenn eine Beschränkung oder Zurücknahme oder Beendigung der Vollmacht (Prokura) nicht in das Handelsregister eingetragen ist, hat sie gegen Dritte keine Wirkung. (Art. 43. 44. 49.) Substitution findet nicht statt, die Prokura ist vorbehaltlich Entschädigung widerruflich, und erlischt nicht mit dem Tode des Herrn. (Art. 47. 48.) Faktoren dürfen ohne Erlaubniß des Herrn keine Handelsgeschäfte für sich oder Dritte machen (Art. 46), was in Art. 58 für Handlungsgehülfen wiederholt wird und so meine obige Bemerkung belegt.

Manche Anstände, die sich gegen die Fassung erheben ließen, glaube ich, übergehen zu sollen, dagegen scheint es mir, daß der Eintrag der Vollmacht in das Handelsregister wenigstens insofern hätte allgemein vorgeschrieben werden dürfen, als Jemand eines Ausweises darüber, daß er wirklich Faktor ist, bedarf. Als solcher führt er nemlich z. B. auch die Rechtsstreite seines Herrn und bedarf einer Legitimation, für welche durch einen solchen Eintrag am besten gesorgt wäre. Oft wird es einem Kaufmann erwünscht sein, zu wissen, ob Jemand Faktor ist, und ohne direkte, zeitraubende, oft als Argwohn verrathend mißliche Anfrage bei dem Betreffenden selbst, kann er es jetzt nicht erfahren. Eben darum muß häufig der Herr selbst ein Bedürfniß haben, seinen Faktor öffentlich als solchen bekannt zu machen, und dieß ist ihm nur durch das Verbot in Art. 8 des preußischen Entwurfs wegen Aufnahme anderer als der im Gesetze selbst bezeichneten Akte in das Handelsregister abgeschnitten, weil ihm der VI. Titel nicht einmal das Recht gibt, eine unbeschränkte Prokura eintragen zu lassen. Zum Mindesten wäre mithin die Erlaubniß zum Eintrage der Vollmacht des Faktors zu ertheilen, wenn man auch die Verpflichtung dazu

Digitized by Google

für bedenklich hält, obwohl sie sich in der von mir angedeuteten Weise ohne Schwierigkeit durchführen ließe.

In Art 50 wird von den Special Faktoren (Handelsreisende und Cassierer sind namentlich erwähnt) gesprochen, und eine Reihe der vorhergehenden §§. als auf sie anwendbar erklärt, und sodann wird in Art. 53 ff. über die Befugnisse der Handlungsgehülfen Verfügung gegeben, was insofern unrichtig ist, als jeder Handlungsdiener in gewisser Beziehung (vrgl. z. B. Art. 53. 54. 55 56) Specialfaktor sein kann und als jeder Specialfaktor ein Handlungsgehülfe ist (Morstadt S. 95 vor und in Note 123. 124), mithin statt dieser Einzelnbestimmungen, zumal solche theils in Titel VI. theils in Titel VII. stehen, der Grundsatz aufzustellen war, daß für Handlungsgehülfen, soweit sie Specialfaktoren sind, die gleichen Bestimmungen, wie für die Faktoren, gelten, natürlich mit Ausnahme jener über den Eintrag der Vollmacht in das Handelsregister und mit der Beschränkung auf die ihnen ausdrücklich oder nach bestehendem Gebrauche durch ihre Anstellung, z. B. als Magazinier, Buchhalter, Cassier, Ladendiener u. s. w. stillschweigend übertragenen Befugnisse.

Damit läßt es sich dann ganz gut vereinigen, wenn in Titel VII. einzelne zweifelhafte Fälle über die Befugnisse der Handlungsgehülfen hervorgehoben werden, und so scheinen auch mir zweckmäßige Bestimmungen, daß Ladendiener verkaufen und Zahlung hierfür annehmen dürfen (Art. 54, badisches H.G.B. Art. 7 d Abs. 2), daß die Ueberbringung einer unquittirten Rechnung oder einer gekauften Waare n i c h t zur Zahlungsannahme berechtigt (Art. 55 theilweise anders mit Unrecht badisches H.G.B. Art. 7 d Abs. 3), und daß die üblichen Einträge in die Handelsbücher von Seiten der dazu beauftragten Gehülfen eben so gültig sind, als wenn der Herr selbst sie gefertigt hat. (Art. 56.)

Dagegen sind die Art. 59—62 über das Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Gehülfen, namentlich über des Letzteren Entlassung, die Aufkündigungsfrist u. s. w. doch nicht von so allgemeinem Interesse, daß sie in ein Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland gehören, wie ja auch der Code Napoléon nur wenige Worte über das Verhältniß der Dienstboten und Arbeiter zur Dienstherrschaft enthält (L.R.S. 1780 ff.), und theils die Vertragsbestimmungen des einzelnen Falls, theils die hierüber aller Orten vorhandenen Sitten und Gebräuche hinreichende Auskunft geben.

Der VIII. Titel: V o n d e n B ö r s e n enthält nur zwei Artikel, und von diesen scheint mir Art. 63 mit Ausnahme eines einzigen Satzes und jedenfalls insofern überflüssig, als er die unnöthige Definition der Börse gibt, welche das französische H.G.B. Art. 71 und nach ihm freilich das holländische H.G B. Art. 59, sowie der Entwurf von 1849 Titel V. Art. 1 aufstellt. Daß nemlich Definitionen nicht in die Gesetzbücher gehören, ist ein bekannter Satz, und das einzig Erhebliche des Art. 63, daß die Börsen nur mit staatlicher Genehmigung bestehen können, also s. g. Winkelbörsen verboten sind, konnte natürlich selbstständig ausgesprochen werden. Der Entwurf vom Jahr 1849 hat aber nicht einmal diese, wenn man denn einmal im Handelsgesetzbuche etwas über die Börse sagen will, wahrlich nothwendige Bestimmung, und so wird dessen allegirter Artikel vollends unbegreiflich.

Der weitere Artikel des preußischen Entwurfs (Art. 64) spricht von dem Börsencours gleich Art. 72. 73 unseres H.G B., d. h. die Hauptsache wird der Börsen Ordnung überlassen, und nur etwa der letzte Absatz hat Bedeutung, indem dort bestimmt ist, daß die Börsen-Ordnungen bei der Feststellung der Course auch die Berücksichtigung der außer der Börse durch Handelsmäkler abgeschlossenen Geschäfte gestatten dürfen.

Die preußischen Motive anerkennen selbst, daß „der ganze Inhalt dieses Titels mehr reglementärer und lokaler Natur sei," und die Motive zum Entwurfe von 1849 verweisen hauptsächlich auf die einzelnen Börsenordnungen und diesen hätte man meines Erachtens Alles überlassen können, da für das Handelsgesetzbuch die Erwähnung der Börsencourse, z. B. in Art. 273. 274. 294 des preußischen Entwurfs ebensogut genügt, als wenn dort von dem amtlich festgestellten Marktpreis die Rede ist, obwohl natürlich die Messen und Märkte nicht in den Bereich des Handelsgesetzbuchs gezogen sind. Fast will es mir dünken, als ob Titel VIII. auf einer zu ängstlichen Nachahmung des französischen Vorbilds beruhe.

Im IX. Titel „V o n d e n H a n d e l s m ä k l e r n" wird zunächst deren Geschäftskreis bezeichnet, namentlich das Recht zur Feststellung der Preiskurrante (Art. 68), sodann folgt in Art. 71 die Bestimmung ihrer Pflichten, z. B. daß sie nicht für eigene Rechnung oder als Faktor und Handlungsgehülfe Handelsgeschäfte treiben dürfen, und daß sie ein Handbuch und Tagebuch führen müssen. Dann wird über die Führung dieser Bücher, deren Beweiskraft und über die auch von Amtswegen zu befehlende Vorlegung derselben Einiges verordnet, was im Wesent-

Digitized by Google

lichen mit Titel V. übereinstimmt. Auch die Schlußnota, d. h. die vom Mäkler ausgestellte Urkunde über die einzelnen von ihm vermittelten Geschäfte wird abgehandelt, sodann über den Mäklerlohn das Erforderliche vorgeschrieben, dessen Größe übrigens durch Verordnungen und in deren Ermanglung durch den Ortsgebrauch festgestellt werden soll.

Wenn in letzterer Stelle von dem Handelsminister gesprochen wird, so muß dieß natürlich jetzt geändert werden, da Handelsministerien bekanntlich in den wenigsten deutschen Staaten bestehen. Zweckmäßiger Weise sind die Vorschriften über Anstellung (wobei auch der Entlassung zu gedenken gewesen wäre) und Bestrafung der Mäkler besonderen Gesetzen vorbehalten.

Im Ganzen sind die Bestimmungen des französischen und badischen H G.B. Art. 74 — 90 gut ergänzt, doch wird vielleicht der Handelsstand vom technischen Standpunkte aus manche Einwendungen dagegen erheben. (Vgl. z. B. Goldschmidt S. 45 ff.) Wenn dieser Schriftsteller S. 41 ff. dem Entwurfe darin Recht gibt, daß derselbe nicht den amtlich bestellten Mäklern ein ausschließliches Recht auf ihren Geschäftsbetrieb gestattet, so kann ich dieser Ansicht nicht beitreten, und glaube vielmehr mit Morstadt S. 101 Note 135 und S. 102, daß man nach dem Systeme des französischen und badischen H G.B. Art. 76. 78 weniger zum Schutze der Mäkler selbst als zum Schutze des Publikums gegen das verderbliche Treiben der sogenannten Winkel- und Pfuschermäkler diese Ausschließlichkeit natürlich nicht durch Nichtigkeitsandrohungen, wohl aber durch Strafen sichern sollte.

Damit ist das I. Buch beendet.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Zum §. 554 der Prozeßordnung, hier insbesondere:

a) Wer muß die durch die Requisition des ausländischen Gerichtes entstehenden Kosten vorschießen?

b) Darf statt „des gewöhnlichen Richters" der im Auslande wohnenden Partei auch ein Notar den urtheilsmäßigen Eid abnehmen?

Eine Folge der Auswanderungen nach Amerika ist, daß viele Rechtsverhältnisse, welche die Auswanderer im Inlande eingegangen und vor ihrem Wegzuge nicht geregelt hatten, nunmehr auf dem Wege des Prozesses geordnet werden müssen. In diesen Fällen zeigt sich das letzte Hilfsmittel, wenn die übrigen Beweise nicht ausreichen, die Eideszuschiebung, welches ohnehin dem Beweisführer nur dann einige Garantie bietet, wenn er wenigstens einigermaßen den Charakter seines Prozeßgegners kennt, von immer zweifelhafterem Werthe.

Es war schon früher in diesen Blättern die Frage erörtert worden, ob dem Abwesenden, oder dem Prozeßpfleger der Eid zuzuschieben, und ob er von diesem oder jenem auszuschwören sei (Annalen 1853 S. 176 u. 193), sowie ob der Abwesende, welchem nach §. 554 P.O. es gestattet wird, vor seinem gewöhnlichen Richter den Eid zu leisten, verpflichtet ist, die durch die Requisition des fremden Richters entstehenden Kosten vorschüßlich zu bezahlen. (Annalen 1854 S. 151.) In dem neuerlich bei dem mittelrheinischen Hofgerichte verhandelten Rechtsstreite J. S. der Edelmann'schen Relikten gegen die im Jahre 1846 nach Amerika ausgewanderten M. Raimann'schen Eheleute erhoben sich dieselben Fragen wiederum, und wurden, obwohl bei ganz verschiedener Besetzung des jetzt urtheilenden Senates im Vergleich zu jenem, welcher die Rechtsstreite Liquidationskommission gegen Behrle, und Fazler gegen Seyfried entschieden hatte, wiederum dahin beantwortet, daß nicht dem Prozeßpfleger, sondern dem Abwesenden selbst der Eid zuzuschieben, und von diesem auszuschwören ist, und daß der Abwesende (beziehungsweise dessen Vertreter) die Kosten vorzuschießen hat, welche durch die Requisition des fremden Richters entstehen.

In dem eben erwähnten neuerlich verhandelten Rechtsstreite war auf den Antrag des Abwesenheitspflegers der Beklagten ein Schreiben an das Ministerium des großh. Hauses und der auswärtigen Angelegenheiten gerichtet worden, um durch dessen Vermittlung den den Beklagten auferlegten urtheilsmäßigen Eid von ihrem „gewöhnlichen Richter" in Amerika abnehmen zu lassen. Hierauf erfolgte ein in mehrfacher Beziehung sehr wichtiger Erlaß großh. Ministeriums (vom 9. Februar l. J. No. 745) des Inhaltes:

> „Wie dieseits durch frühere Mittheilungen der „großh. Consulate in Nordamerika bekannt gewor„den ist, gestatten es die dortigen Gesetze nicht, „auf auswärtigen Antrag Personen zur „Ableistung von Eiden vor Gericht zu laden, wohl

Digitized by Google

„aber werden deraetige Zeugeneinvernahmen und „Eidesabnahmen durch **öffentliche Notare** besorgt."

„Wenn die fragliche Angelegenheit in letzterer „Weise von hier aus durch Weisung an den großh. „Consul in St. Louis erledigt werden soll, so „müßte vorerst für dereinstigen Rückersatz der hier„durch erwachsenden Kosten, welche möglicherweise „36 fl. erreichen, Sicherheit geleistet weeden. So „lange eine solche nicht vorliegt, kann auch von „hier aus eine weitere Verfügung nicht eegehen."

Der Geeichtshof wies nun den Unterrichter an, dem Abwesenheitspfleger der Beklagten aufzugeben, für die durch die Eidesleistung eefordeeliche Kosten genügende Sicherheit zu leisten. und wenn dieses geschehen, das Ersuchschreiben um Eidesabnahme mit Rücksicht daeauf abzufassen, daß nach den in Nordamerika geltenden Gesetzen auf auswäetigen Antrag Personen zur Ableistung von Eiden nicht vor ein ameeikanisches Geeicht geladen, wohl aber derartige Eidesabnahmen durch öffentliche Notare besorgt werden.

Was nun den eesten Theil dieser hofgerichtlichen Weisung betrifft, so ist sie gewiß in dem Gesetze begründet. Denn der urtheilsmäßige Eid soll in der Regel von dem urtheilenden Richter abgenommen werden. §. 522 Pe.O.

Es ist daher eine ausnahmsweise Wohlthat, wodueh dem Entfernten gestattet wied, voe einem andeen, als dem urtheilenden Richter den Schiedseid zu leisten, welche §. 553 nur in seinem Inteeesse ihm gestattet. Will er daher in diesem, seinem eigenen Interesse von dieser Wohlthat Gebeauch machen, so hat er auch die dadurch entstehenden Kosten wenigstens vorzuschießen. §. 171 Pe.O.

Eine weit schwieeigere und weit richtigeee Frage ist dagegen die, ob von dem Delaten verlangt, und von dem prozeßleitenden Gerichte zugelassen werden kann, daß der Schiedseid auch von einer andern, als einer **richterlichen** Person abgenommen werde.

Wenn es sich nicht um einen Schieds-, sondern um einen Zeugeneid handelt, so bleibt es dem in Straf- oder bürgerlichen Rechtssachen urtheilenden Richter immer noch vorbehalten, zu erwägen, welchen Glauben er der Aussage eines Zeugen schenken wolle, welcher unter minder feierlichen Formen, und von einer mit geringerer Autorität bekleideten Amtsperson beeidigt worden ist, als nach inländischen Gesetzen zur Giltigkeit eines Zeugeneides und zur vollen Glaubwürdigkeit eines Zeugen erfordert wird. (§. 473 Pr.O. §. 104 des Einf.-Ges.) Man wird wohl auch nicht irren, wenn man den für die äußere und innere Foem eines Rechtsgeschäftes geltenden Satz: „locus regit actum" auch für die Beurtheilung der formellen Giltigkeit der Beeidigung eines Zeugen wenigstens da als normgebend zur Anwendung bringt, wo sich nicht specielle Grunde zum Mißteauen im einzelnen Falle ergeben.

Allein ganz anderst scheint sich mir die Frage bei dem Schiedseid zu gestalten. Hier ist die Folge der Leistung des Eides zum Voeraus bestimmt, und dem Richter steht nicht mehr das Recht zu, weitere Prüfung eintreten zu lassen. Es muß daher auch zum Voraus die Form der Eidesabnahme das Vertrauen erwecken, welches mit der Natur des subsidiären Beweismittels der Eideszuschiebung so innig zusammenhängt, und die einzige, oder wenigstens doch die hauptsächlichste Grundlage desselben bildet. Schon früher *) habe ich geglaubt daeauf hinweisen zu müssen, daß es demjenigen, welcher im Auslande vor seinem gewöhnlichen Richter schwöeen wolle, obliege, nachzuweisen, daß die dort über die Eidesabnahme geltenden Voeschriften dieselben Garantien bieten, wie die bei uns geltenden Föemlichkeiten, oder aber, daß er den Nachweis liefeee, daß auf Ersuchen des urtheilenden Richters von dem Richter des Auslandes dee Eid nach den Voeschriften unserer Prozeßordnung und der dazu gegebenen Vollzugsveeordnung abgenommen weede. Nun ersehen wir aber aus dem oben wörtlich mitgetheilten Ministerialerlasse,

> nicht nur, daß die von unsern Geeichten erkannten Schiedseide nicht von einem Richter, sondern von einem Notare abgenommen werden;
>
> sondeen auch, daß dieses nicht die Regel bildet, vielmehr die urtheilsmäßigen Eide nur „auf auswärtigem Antrag" von einem Notare abgenommen weeden,

woraus man wohl mit Recht schließt, daß die von den ameeikanischen Gerichten erkannten Schiedseide nicht von dem Notare, sondern von dem urtheilenden Geeichte selbst abgenommen werden.

Ich bin nun der Ansicht, daß es dem Geiste unserer Prozeßordnung widerstrebt, den §. 554 Pr.O. auf solche Fälle anzuwenden. Wenn unsere Gesetzgebung den Eid für eine so wichtige und folgenreiche Handlung hält, daß sie sich veranlaßt sah, ihn mit feierlichen Formen zu um-

*) Annalen 1854 S. 152.

Digitized by Google

geben, und nur einem Richter gestattete, ihn abzunehmen, so scheint mir an und für sich schon dem Geiste unserer Prozeßgesetzgebung es zu widersprechen, jedem Eide diejenige urtheilsmäßige Folgen beizulegen, welche für den Fall eintreten sollen, daß der Eid nach den Vorschriften unseres Verfahrens ordnungsgemäß abgeleistet ist. Will man annehmen, daß der §. 554 eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel gestattet, so darf jedenfalls ein Gericht, da es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelt, nicht weiter gehen, als die Ausnahmebestimmung selbst. Diese läßt aber nur die Eidesleistung bei dem „gewöhnlichen Richter" des Delaten zu. Nur dieser Eid ist ein richterlicher.

Nach unserer Organisation würden wir einen vor einem Notare geleisteten Eid für einen außergerichtlichen erklären, und einem Uebereinkommen der Parteien, daß ein urtheilsmäßiger Eid vor einem Notar abgeleistet werden dürfe, als dem öffentlichen Rechte widerstrebend, keine Folge beilegen. Etwas, aber nicht durchaus verschieden davon, stellte sich ein ausdrückliches Uebereinkommen dar, wenn Parteien übereinkämen, daß ein Eid, auf welchen nach unsern Gesetzen von unsern Gerichten erkannt worden ist, im Auslande vor einem Notare, welcher nach dortiger Organisation befugt ist, Eide abzunehmen, geleistet werden soll. Alsdann wäre wenigstens ein Vergleich unter den Parteien vorhanden, läge ein Verzicht des Deferenten vor, darauf, daß der Eid unter den Voraussetzungen geleistet werde, unter welchen das Eidesurtheil gegeben worden ist, und allein gegeben werden durfte.

Wenn aber ein solches Uebereinkommen, ein solcher Verzicht nicht nachgewiesen worden ist — und eine Vermuthung dafür darf doch gewiß nicht angenommen werden! — alsdann muß meines Erachtens der urtheilende Richter, welcher seiner Zeit das Purifikationserkenntniß auszusprechen hat, doch wenigstens, wenn die im Auslande wohnende, schwurpflichtige Partei „vor ihrem gewöhnlichen Richter" den Eid leisten will, das verlangen, daß der Eid im Auslande in derselben Weise abgenommen werde, wie wenn der gewöhnliche Richter der schwurpflichtigen Partei das Eidesurtheil gegeben hätte. Denn sonst ist der Vorschrift des §. 554 gewiß nicht Genüge geschehen

Man wird dieser Auslegung vielleicht entgegenhalten, daß, wenn unsere Gerichte ihr beipflichten würden, dieses nicht zum Nutzen und Frommen unserer Landesangehörigen geschähe, da ihnen hiedurch wahrscheinlich das Beweismittel der Eideszuschiebung an ihre in Amerika befindlichen Prozeßgegner entginge. Allein dieser Einwurf zerfällt, weil der Deferent zur vorschüßlichen Zahlung der Reise- und Aufenthaltskosten nur dann verpflichtet ist, wenn er den Vorschlag des Delaten, den Eid vor seinem gewöhnlichen Richter zu leisten, ablehnt; nicht aber dann, wenn dieser gar nicht im Stande ist, vor seinem gewöhnlichen Richter den urtheilsmäßigen Eid zu leisten. In diesem Falle muß er, und zwar ohne Kostenvorschuß, vor dem urtheilenden Richter zur Eidesleistung erscheinen. — Abgesehen hievon, so dürfte es kaum als ein Verlust für die Beweispflichtigen zu erachten sein, wenn nicht mehr auf Eide erkannt wird, welche vor einem amerikanischen Notar geleistet werden. Denn es dürften diese Eide schon an und für sich wenig Garantie bieten, den auf dieses Beweismittel reducirten Beweispflichtigen nur einen sehr zweifelhaften Nutzen gewähren! und es dürfte sehr fraglich sein, ob von der Eideszuschiebung an in Amerika Wohnende oft Gebrauch gemacht würde, wenn es dem Deferenten bekannt wäre, daß dort nicht einmal ein Richter den Eid abnimmt. Sodann ist es Sache der Gesetzgebung oder des diplomatischen Verkehrs, da Abhilfe zu suchen, wo aus der Disharmonie der Einrichtungen zweier Länder Mißstände für die Rechtsuchenden entstehen; nicht aber ist der Richter befugt, sich bei der Gesetzesauslegung von solchen Rücksichten leiten zu lassen. Ottendorff.

III.

Bruch des Verspruchseides oder Verspruchsgelübdes.

§. 504 St.G.B.

Jannae Sauter von Nordhalden, der als Gantmassepfleger in der Johann Nepomuk Rieggel'schen Gant handgelübdlich verpflichtet ward, hatte von dem eingezogenen zur Gantmasse gehörigen Liegenschaftserlöse ad 280 fl. einen Theil seiner Schwiegermutter und seinem Vater dargeliehen, und den übrigen Theil in seinen Nutzen verwendet.

Von dem Bezirksamte wurde Untersuchung wegen Unterschlagung gegen Sauter eingeleitet. Da jedoch dessen Vermögensverhältnisse so beschaffen waren, daß er vollständigen Ersatz leisten konnte, auch den beim Kassensturz gefundenen Receß von 181 fl. alsbald ersetzt hat, so beantragte das Amt bei der Staatsbehörde die Genehmigung zur Einstellung der Untersuchung. Diese Genehmigung

Digitized by Google

wurde aber vom Staatsanwalte verfagt, weil hier, wenn auch nicht eine Unterschlagung, so doch ein Bruch des Verspruchsgelübdes vorliege.

Von dem großh. Hofgericht des Seekreises ward Januar Sauter durch Urtheil vom 20. September v. J. des Bruchs des Verspruchsgelübdes für schuldig erklärt und in eine Kreisgefängnißstrafe von drei Monaten verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

In dem Verpflichtungsprotokolle vom 29. Januar 1855 ist zwar nicht angeführt, daß der Angeschuldigte sich dabei zur Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung handgelübdlich verpflichtet hat, allein derselbe ist geständig, daß der Richter ihm bei seiner Verpflichtung als Massepfleger die einzelnen Bestimmungen des §. 804 der Pr.O. eröffnet und erklärt habe.

Unter Ziff. 4 des ebengedachten §. 804 der Pr.O. ist aber dem Massepfleger ausdrücklich zur Pflicht gemacht, eingezogene Gelder, wenn deren Auszahlung nicht nahe bevorsteht, zur Hinterlegungskasse abzuliefern, insofern der Gläubigerausschuß nicht deren Anlegung auf Zinsen oder eine andere Art der Anlegung beschließt. Dieser besondern Verpflichtung zuwider hat der Angeschuldigte eingestandenermaßen von eingezogenem Liegenschaftserlöse ad 280 fl seiner Schwiegermutter 70 fl. und seinem Vater 50 fl. dargelichen und auch von jenem Betrage in seinen eigenen Nutzen verwendet.

Der Angeschuldigte hat sich hiernach des Bruchs des Verspruchsgelübdes schuldig gemacht. Seine Entschuldigung, geglaubt zu haben, es sei nur nothwendig, daß man am Schlusse, wenn die Rechnung gestellt werde, mit den Einnahmen und Ausgaben, sowie mit dem Kassenvorrathe im Reinen sein müsse, verdient keinen Glauben, da er zugestanden, es seien ihm die Vorschriften des §. 804 der Pr.O. eröffnet und erklärt worden.

Dagegen ist bei der Strafausmessung einigermaßen zu seinen Gunsten in Betracht zu ziehen, daß er mit den Geldern nur seinen Verwandten ausgeholfen und den bei dem Kassensturz gefundenen Receß von 181 fl. alsbald ersetzt hat.

Das hofgerichtliche Erkenntniß wurde jedoch auf den von Sauter ergriffenen Recurs von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 12. Januar d. J. dahin abgeändert, daß er von der Anschuldigung des Bruchs des Verspruchsgelübdes freizusprechen sei. Die Entscheidungsgründe lauten:

Das Strafgesetz erkennt den Bruch eines allgemeinen Verspruchsgelübdes, wie es bei Uebernahme von Aemtern vorkommt, nicht als selbstständiges Verbrechen an. Da nun die handgelübdliche Versicherung welche, Rekurrent bei seiner Bestellung zum Gantmassepfleger — belehrt über die ihm obliegenden Pflichten — ablegte, nur zu jenen allgemeinen Verspruchsgelübden zu rechnen ist, indem er sich dadurch nicht zur Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung verpflichtete, so würde er sich — auch angenommen, daß er seine Pflichten als Massepfleger verletzte, indem er Massegelder in seinen Nutzen verwendete und in eigenem Namen auslieh — immerhin keines Bruchs des Verspruchsgelübdes im Sinne des § 504 des St.G.B. schuldig gemacht haben.

Ebensowenig fällt ihm aber auch eine Unterschlagung im Sinne des §. 404 Ziff. 2 des St.G.B. zur Last, weil nicht feststeht, daß er die Gelder der Gantmasse ohne Ersatz entziehen wollte.

Es erscheint daher seine Beschwerde gegen das hofgerichtliche Urtheil begründet.

Diese oberhofger. Entscheidung dürfte nicht richtig sein. So viel ist außer Zweifel, daß die Bestimmung in §. 504 St.G.B. nur für besondere, nicht auch für allgemeine Verspruchseide und Verspruchsgelübde gilt. Die allgemeinen Verspruchseide und Handgelübde dieser Art, welche nur bei der Uebernahme von Aemtern vorkommen, sollen kein Gegenstand besonderer Bestrafung sein, sondern die Bestrafung der Amtsverbrechen soll mit Rücksicht hierauf bemessen werden. Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 462 des Entwurfs des Strafgesetzbuchs S 136. Commissionsbericht von Aschbach S. 53. Annalen XIX. S. 49. 307. XX. S. 368. Oberhofgerichtl. Jahrb. n. F. XIII. S. 382. 383. Allein die Stelle eines Massepflegers ist kein Amt, wie die Stelle eines Waldhüters oder Notars oder das Amt eines Vormunds, welcher letztere nicht nur das Vermögen des Minderjährigen als guter Hausvater verwalten, sondern auch für dessen Person Sorge tragen und ihn in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften vertreten muß. L.R.S. 450. Sondern der Gantmassepfleger ist nichts mehr und nichts weniger als ein gerichtlicher Hüter (vrgl. L.R.S. 1962), welcher nach §. 804 der bürgerlichen Pr.O. das Vermögen der Masse als guter Hausvater zu verwalten hat, und hierauf, sowie auf die Beobachtung der in §. 804 enthaltenen besonderen Verbindlichkeiten handgelübdlich verpflichtet wird. Nun aber ist in dem Commissionsbericht von Aschbach zu §. 462 des Entwurfs (jetzt §. 504) S. 53 ausdrücklich gesagt, daß die Bestimmung dieser Gesetzesstelle auf Verpflichtungen des Gantanwalts und eines gerichtlichen Hüters Anwendung findet.

Darnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nicht die oberhofgerichtliche, sondern die hofgerichtliche Entscheidung die richtige ist. Hgr.

Berichtigung.

Im Aufsatze I. in No. 10 der Annalen S. 74, Spalte 2, Zeile 5 und 15 lies wurde statt würde, S. 76, Spalte 1, Zeile 25 lies auch statt auf, S. 78, Note [22]) Zeile 4, lies eine statt einer, S. 79, Spalte 1, Zeile 16, lies doch nicht ganz statt doch ganz.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 12.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung der Aufsätze in No. 9. 11.)

Das II. Buch des Entwurfs beschäftigt sich in seinen 126 Artikeln lediglich mit den Handelsgesellschaften, und bildet so einen eigenthümlichen Gegensatz zu dem französischen und holländischen Handelsgesetzbuche, von denen das Erste nur 47, das Letzte aber nur 45 Artikel dieser Lehre widmet. Selbst der Entwurf vom Jahre 1849 brachte es nur zu 112 Artikeln. Theilweise erklärt sich diese Ausführlichkeit allerdings daraus, daß für ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch wegen der großen Verschiedenheit der Partikularrechte viele Sätze aufgenommen werden mußten, welche eigentlich dem allgemeinen bürgerlichen Gesetze angehören,*) allein es geschah selbst in dieser Beziehung zu viel, und manche Wiederholung, sowie viele gar zu sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen wären leicht zu vermeiden gewesen, und eine kürzere gedrängtere Fassung wäre bei dieser, wie bei vielen anderen Lehren, zu wünschen.

Der I. Titel, „Von den Handelsgesellschaften im Allgemeinen," stellt einige allgemeine Grundsätze auf. Zunächst werden in Art. 85 die eigentlichen Handelsgesellschaften von den vorübergehenden Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften (vrgl. badisches H.G.B. Art. 47) unterschieden. Sodann werden in Art. 86 unter Annahme von recht guten Bezeichnungen die bekannten drei Arten von Handelsgesellschaften als vom Gesetz anerkannt aufgeführt, nemlich die offene Handelsgesellschaft, die stille Handelsgesellschaft (in Baden vertraute Handelsgesellschaft) und die Aktiengesellschaft (in Baden unbenannte Handelsgesellschaft). Dabei kann man nicht, wie Goldschmidt S. 57. 58, die Bedenken aufwerfen, daß andere Formen der Handelsgesellschaft nicht ausgeschlossen sein dürfen, daß die Vereinigung zu einem einzelnen Handelsunternehmen keinen Gegensatz zu der stillen und der Aktiengesellschaft bilde, und daß die Aktiengesellschaft nicht schon als solche eine Handelsgesellschaft sei. Denn meines Erachtens muß das Handelsgesetz aussprechen, daß es nur gewisse Arten von Handelsgesellschaften zulasse, weil sonst seine Vorschriften leicht zu umgehen wären, und betrügerischen Schwindeleien durch unreelle Unternehmungen Thor und Thüre geöffnet wäre.

Daß die Gelegenheitsgesellschaft auch in der Form der stillen und der Aktiengesellschaft vorkommen darf, schneidet der Entwurf nicht ab, sofern sie sich den deßfallsigen Vorschriften fügen (vrgl. Art. 207. 208 des Entwurfs), aber nichts desto weniger unterscheidet sie sich doch wesentlich von den auf gewerbsmäßigen Handelsbetrieb berechneten Handelsgesellschaften, da sie vorübergehender Natur nur auf einzelne Unternehmungen gerichtet ist, und durfte daher als eigene Art aufgefaßt werden.

Nicht die Form der Aktiengesellschaft macht sie zu einer Handelsgesellschaft, sondern ihr Zweck und Gegenstand, wie z. B. Niemand die Inhaber von Mannheimer Verlust-Aktien für das Musikfest als Handelsgesellschafter ansehen wird, aber dieß sagt auch der Entwurf ausdrücklich in Art. 2, wo unter Anderm bestimmt ist, daß Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, den Kaufleuten gleich zu achten sind. Deßhalb bedurfte es hier nicht einer Wiederholung dieses Grundsatzes.

*) Diese Sätze sind fast ohne Ausnahme dem Code Napoléon entlehnt, was bei aller Achtung für die Vorzüge dieses Gesetzbuchs doch in einem allgemeinen deutschen Gesetze befremden muß.

D. E.

Digitized by Google

Dagegen theile ich die auf S. 59 bis zum Schlusse des Werkchens gründlich erörterten Bedenken desselben Verfassers gegen die Art. 87. 88. 89 und den nach Art. 155 sowohl für stille als auch für offene Handelsgesellschaften gültigen Art. 117. Nach den Motiven sind dieselben sämmtlich Folgerungen aus dem Grundsatze, daß die Handelsgesellschaften juristische Personen seien, und in der That ist schon in Art. 87 eine Bestimmung gegeben, welche ebensogut, statt der jetzigen Fassung, ganz einfach dahin lauten könnte, daß den Handelsgesellschaften das Recht der juristischen Persönlichkeit zukomme, denn es heißt dort:

> „Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben,"

und namentlich der erste Satz hat eine solche weitgehende Bedeutung, und macht eigentlich die beiden folgenden überflüssig. So richtig die Schlußbestimmungen sind, so kann man sie doch beibehalten, ohne dem ersten Satze und jenem Prinzipe beizupflichten, da sie sich schon aus dem Wesen der Handelsgesellschaft als Vereinigung Mehrerer unter gemeinsamer Firma ableiten lassen. Die Ansicht aber, daß die Handelsgesellschaft als juristische Person gelte, scheint mir unrichtig und unhaltbar. Die Motive berufen sich hierwegen auf die französische Jurisprudenz, und es ist nicht zu läugnen, daß dort viele Autoritäten dafür sind (vrgl. Broicher und Grimm Note 3 zu Art. 18 des Code de comm.) und in einem Aufsatze Annalen 1847 S. 275 spricht sich auch Ladenburg dafür aus, ohne daß übrigens meines Wissens eine derartige Praxis der badischen Gerichte bestünde. Indessen haben sich auch bereits französische Schriftsteller dagegen erklärt (vrgl. das Allegat in Brinckmann, Handelsrecht S. 129 Note 13) und Zachariä, französisches Civilrecht Bd. II. §. 384 Note 8 gehört ebenfalls zu denen, welche den Gesellschaften die Eigenschaft einer juristischen Person absprechen.

Jene Ansicht läßt sich auch ebensowenig aus den französischen Gesetzbüchern begründen, als sie nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist. Nur das Letztere kann hier in Betracht kommen, und in dieser Beziehung scheint mir entscheidend, daß ein Hauptmerkmal der juristischen Personen, wie es Art. 9 des II. Constitutions-Edikts vom 14. Juli 1807 sehr richtig auffaßt, in der von den Mitgliedern unabhängigen ewigen Dauer besteht, und dieß keiner Art von Handelsgesellschaften zukommt, selbst nicht der Aktiengesellschaft (vrgl. Art. 184. 200 des preußischen Entwurfs).

Gerade die Aktiengesellschaft war es aber, bezüglich deren durch einzelne Aehnlichkeiten mit einer juristischen Person verführt, Art. 80 des Entwurfs von 1849 eine solche Bestimmung gab, und dieß ist nun in dem preußischen Entwurfe gar in der Art generalisirt, daß es auch für die offene und für die stille Handelsgesellschaft gelten soll. Die sammtverbindliche Haftbarkeit der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für die Schulden der Gesellschaft (Art. 91. 117 des preußischen Entwurfs) und deren Rechte am Gesellschaftsvermögen (z. B. Abs. 2 von Art. 112 des preußischen Entwurfs) stehen damit im grellen Widerspruche. Noch mehr ist dieß, wo möglich, der Fall mit der stillen Gesellschaft, bei welcher der verantwortliche Gesellschafter (s. g. Complementar) unbedingt für Alles haftet (Art. 144 des preußischen Entwurfs) eigentlich eben so sehr Herr ist, wie der Mann das eheliche Gemeinschaftsvermögen verwaltet (L.R.S. 1421), ohne daß man dieß als eine Art juristischer Persönlichkeit auszugeben wagt. Auch die Rechte des stillen Gesellschafters auf jährliche Vertheilung des Gewinnes (Art. 151 des preußischen Entwurfs) passen nicht zur Unterstellung der Eigenschaft einer juristischen Person.

Eine der gefährlichsten Folgerungen aus jenem Grundsatze ist die Vorschrift in Art. 88, daß das Vermögen einer Handelsgesellschaft deren Gläubigern *vorzugsweise* haftet, denn es ist eine dem Gesetze fremde Erfindung von französischen Rechtsgelehrten, welcher Zachariä a. a. O. mit Recht entgegentritt, und es verstößt gegen das Gebot der Gerechtigkeit. Die Gesellschaftsgläubiger sollen nemlich auch auf das Privatvermögen der haftbaren Gesellschafter greifen dürfen, ohne hierin den Privatgläubigern eines Gesellschafters nachzustehen (Art. 91. 117. 144. 936), schließen also in der Gant die Privatgläubiger vom Gesellschaftsvermögen aus, und concurriren gleichberechtigt mit denselben bei dem Privatvermögen, während doch die Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen den Kredit eines Gesellschafters in seinen Privatangelegenheiten weit mehr bestimmt, als die Rücksicht auf das Privatvermögen der Gesellschafter den Kredit der Handelsgesellschaft erhöht. Wer als Mitglied einer bedeutenden offenen Handelsgesellschaft bekannt ist,

Digitized by Google

wird eben darum das öffentliche Vertrauen genießen, und dieß wird getäuscht, wenn man seine Privatschulden so sehr den Gesellschaftsschulden nachsetzt. Es scheint mir auch kein Bedürfniß zu solch ungewöhnlicher Bevorzugung der Handelsgesellschaften vorzuliegen, zumal dieselbe die Stellung der Gesellschafter als Privatleute im bürgerlichen Leben, welches denn doch die Hauptsache ist, sehr gefährdet. Zum Mindesten sollte den Privatgläubigern, wenn die Gesellschaftsgläubiger das Gesellschaftsvermögen vorzugsweise für sich in Anspruch nehmen, das gleiche Recht bezüglich des Privatvermögens des Gesellschafters eingeräumt werden.

Der zweite Absatz dieses Artikels in Verbindung mit Art. 939 gibt den Gläubigern des Gesellschafters nur ein Recht auf das, was demselben bei der Vertheilung des Gewinnes und der Auseinandersetzung zufällt, weßhalb an dessen Gantmasse nur der ihn nach Abzug der Schulden treffende Antheil am Gesellschaftsvermögen auszuzahlen ist, dieß macht nun vollends die Privatgläubiger des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft fast rechtlos, doch läßt es sich im Einzelnen erst bei Art. 939 besprechen. Sodann ist in Art. 89 bestimmt, daß ein neu eintretender Gesellschafter alle bereits vorhandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft anerkennen müsse, und dieß ist zwar streng und eine Beschränkung der Verfügungsgewalt, aber es scheint sich mir als zweckmäßig zu empfehlen, da es eine Masse von Streitigkeiten abschneidet und die Gläubiger vor Gefährde schützt. Natürlich bedarf es aber zu dieser als Vorsichtsmaßregel aufzufassenden Vorschrift nicht der Unterstellung einer juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften, und ebensowenig zu dem sehr nothwendigen Art. 90, wonach jede Handelsgesellschaft bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk ihre Hauptniederlassung sich befindet, ihren ordentlichen Gerichtsstand hat. Letzteres sollte man meines Erachtens noch verallgemeinern, damit auch in den Rechtsstreiten der Handelsgesellschaften, welche keine Handelssachen betreffen, und also nicht vor das Handelsgericht gehören (Art. 986 — 989 des preußischen Entwurfs), ein allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes begründet würde. Auch vermisse ich eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß für das an einem andern Orte befindliche Filialgeschäft einer Handelsgesellschaft das betreffende Handelsgericht zuständig ist, da die Fassung des Art. 992 gegenüber dem Art. 90 den Zweifel erregt, ob ersterer auch auf Handelsgesellschaften Anwendung findet, während es unumgänglich nothwendig ist, daß eine solche Zweigniederlassung ihren eigenen ordentlichen Gerichtsstand hat.

Der II. Titel, „Von der offenen Handelsgesellschaft," zerfällt in 6 Abschnitte, deren Erster naturgemäß „Von der Errichtung der Gesellschaft" handelt, aber doch im 2. Abs. des Art. 91 die sammtverbindliche Haftbarkeit der Gesellschafter erwähnt, was in den dritten Abschnitt „Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter gegen Dritte" gehört.

In dem ersten Abschnitte sind die Ausstellungen, welche Brinckmann, Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIV. (Jahrgang 1851) S. 157 gegen die hierher einschlagenden Vorschriften des Entwurfs vom Jahre 1849 gemacht hat, gut berücksichtigt worden, nur wurde das von Brinckmann ebenfalls angegriffene Gebot der Schriftlichkeit beibehalten, und dieß scheint mir vollkommen gerechtfertigt. Für die Gesellschafter selbst wäre es vielleicht nicht unbedingt nothwendig, denn sind auch mündliche Verabredungen wegen der Schwierigkeit des Beweises und wegen des Mangels einer festen Grundlage der gegenseitigen Rechte und Pflichten bedenklich, so können schriftliche Verträge durch mangelhafte Abfassung und verschiedenartige Auslegung ebenfalls zu Verwicklungen Anlaß geben, was um so mehr Beachtung verdient, als die Kaufleute sich nur höchst ungern Rechtsgelehrter zur Fertigung solcher Urkunden bedienen, und als selbst für Rechtsgelehrte diese Arbeit sehr schwierig ist.

Stünde daher nur das Interesse der Gesellschafter in Frage, so könnte man es diesen überlassen, das ihnen gut dünkende zu wählen, allein der entscheidende Gesichtspunkt ist die Sicherung der Rechte der Dritten, welche mit der Gesellschaft verkehren, und hierfür läßt sich nur auf dem Wege, welchen der Entwurf eingeschlagen hat, genügend sorgen, wie sich dies leicht aus dem Beispiele der Eheverträge entnehmen läßt (L.R.R. 1394 ff.) Es muß Dritten möglich sein, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob eine Gesellschaft besteht, wer Gesellschafter ist, wer dieselbe zu vertreten hat, wie groß die Einlagen der stillen Gesellschafter sind ꝛc. Ferner muß bei Veränderungen an dem ursprünglichen Stand der Dinge die Möglichkeit der Geheimhaltung ausgeschlossen sein, und alles dies ist nicht zu erreichen, wenn mündliche Abschließung eines Gesellschaftsvertrags gestattet wäre, da dann der Dritte sich nur bei den Gesellschaftern selbst erkundigen könnte, was eines Theils als ein Zeichen von Mißtrauen

Digitized by Google

trauen in der Handelswelt unthunlich ist, und andern Theils dem guten Willen, der Redlichkeit und Verständigkeit der Gesellschafter oder ihrer Vertreter Alles anheim gibt. Dazu kommen noch die unüberwindlichen Schwierigkeiten, wenn der Dritte zur Begründung seiner Ansprüche das Bestehen einer Handelsgesellschaft oder das Vorhandensein einer gewissen Vertragsbedingung beweisen soll.

Das System des Entwurfs (Art. 91—96) läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Gesellschaftsvertrag und jede Abänderung desselben schriftlich beurkundet, und ein Auszug davon binnen 8 Tagen nach Abschluß des Vertrags zum Eintrage in das Handelsregister vorgelegt werden muß, widrigenfalls der Vertrag in der Art ungültig ist, daß Dritten gegenüber die Gesellschafter sich auf diese Nichtigkeit nicht berufen können, unter einander aber an den Vertrag nicht gebunden sind. Beschränkungen hinsichtlich des Beginnes der Gesellschaft und hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse einzelner Gesellschafter, welche nicht in das Handelsregister eingetragen sind, stehen Dritten nicht entgegen.

Nur darin erblicke ich eine unnöthige Härte, daß eine Nachholung dieser Förmlichkeiten im Widerspruche mit dem Entwurfe vom Jahr 1849 Tit. III. Art. 11 ausgeschlossen ist, während eine solche, wenn man ihr, wie natürlich, die rückwirkende Kraft versagt, unverfänglich sein dürfte.

Im II. Abschnitte „Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter zur Gesellschaft" sind die Art. 96, 98—100 gleichlautend den L.R.S. 1845—1852. Art. 102 entspricht dem L.R.S. 1861. Art. 101 beschränkt zweckmäßig des Gesellschafters Recht zum eigenen Geschäftsbetrieb und zur Betheiligung an einer anderen offenen Gesellschaft. Ueber einen Hauptgegenstand, nemlich über die Vertretung der Gesellschaft sprechen Art. 103—107, worin das neu ist, daß bei dem Vorhandensein mehrerer Firmaträger die nach Köpfen berechnete Stimmenmehrheit der Gesellschafter entscheidet, und es könnte sich wohl fragen, ob das Verlassen des alten Satzes, daß schon der Widerspruch eines Einzigen genügt, um eine Handlung zu verhindern (L.R.S. 1859 Z. 1. 577 bd.), gerechtfertigt ist, zumal die Größe der Einlage ohne Einfluß auf das Stimmrecht sein soll, und ich möchte hierin eben wieder eine bedenkliche Folge aus der Unterstellung der juristischen Persönlichkeit erblicken. Indessen ist es doch dadurch einigermaßen gemildert, daß für gewisse Fälle Stimmeneinheit erforderlich ist.

Die Berechnung und Vertheilung des Gewinnes wird durch Art. 96, 109—112 geregelt, und in dem Schlußartikel 113 findet sich die Bestimmung, welche eigentlich an die Spitze des Abschnitts gehört, daß nämlich dem Ermessen der Gesellschafter Alles überlassen ist, und nur in Ermangelung von Vertragsbedingungen das Gesetz zur Anwendung kommt. (Vrgl. Art. 15 des holländischen H.G.B.)

Die Angst vor der sogenannten Löwengesellschaft, welche sich auch noch im Code Napoléon zeigt (vrgl. L.R.S. 1855) und über welche Thibaut in §. 163 seiner Vorträge über den Code Napoléon mit Recht spottet, ist wenigstens in so weit überwunden, als nach Art. 111 des Entwurfs das Geding des Gesellschaftsvertrages, wodurch ein Gesellschafter vom Gewinne ausgeschlossen ist, unter den Voraussetzungen einer Schenkung gültig sein soll. Man hätte übrigens noch weiter gehen dürfen, da ein solches Geding in der Regel nur vorkommt, wenn Jemand durch seinen persönlichen Credit einem Anderen aufhelfen will, mithin in Wahrheit nichts ist, als die Uebernahme einer sammtverbindlichen Bürgschaft. Jedenfalls ist der Entwurf zu streng, wenn er durch die Unzulässigkeit des Gedings den ganzen Gesellschaftsvertrag zerstören läßt, statt nur das Geding selbst für unwirksam zu erklären. Während bei der stillen Gesellschaft die jährliche Vertheilung des Gewinnes vorgeschrieben, und davon die Ausnahme gemacht ist, daß im Falle früherer Verluste der Gewinn zunächst zur Wiederergänzung der ursprünglichen Einlagen verwendet werden muß (Art. 151, 152 des Entwurfs) ist für die offene Gesellschaft das entgegengesetzte System befolgt. Dieß ist in Art. 112 sogar (wohl nur der Idee von der juristischen Persönlichkeit zu lieb) so weit getrieben, daß der offene Gesellschafter selbst seinen Lebensunterhalt nur dann aus Gesellschaftsmitteln fordern kann, wenn er der Gesellschaft seine Thätigkeit widmet. Danach könnte man ein großes, bedeutenden Gewinn abwerfendes Vermögen in einer Handelsgesellschaft besitzen und doch am Unentbehrlichen Mangel leiden! Sehr richtig ist dies in den Motiven zu Tit. III. Art. 19 und 20 des Entwurfs vom Jahre 1849 getadelt, obwohl man deßhalb nicht, wie es in jenem Entwurfe geschah, die ganze Frage übergehen darf, sondern sie vielmehr auf andere Weise lösen muß. (Brinckmann, Handelsrecht S. 153, 154, 162.) Sehr richtig ist für beide Arten der Handels-

Digitized by Google

gesellschaften verordnet, daß kein Gesellschafter zur Erhöhung oder Ergänzung seiner Einlage gezwungen werden kann.

Der III. Abschnitt „Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft gegen Dritte" erwähnt einige Folgen aus den vorherigen Sätzen über die Befugnisse zur Vertretung der Gesellschaft, namentlich bezüglich gerichtlicher Handlungen und Zustellungen, und gibt nur bei Art. 117 zu Bemerkungen Anlaß. Dort ist nämlich bestimmt, daß während des Bestehens einer Gesellschaft (also nach Art. 118 Ziff. 1 des Entwurfs nicht mehr, wenn dieselbe in Gant ist) die Klage gegen einen Gesellschafter wegen Gesellschaftsschulden nur zulässig sein soll, wenn vorher oder gleichzeitig die Gesellschaft selbst belangt wird. Dabei ist nun allerdings die Erleichterung gewährt, daß man im letzteren Falle den Gesellschafter vor dem Gerichte der Gesellschaft belangen darf, was der sonst gleichlautende Artikel 41 des Entwurfs vom Jahre 1849 nicht thut, allein dessen ungeachtet ist damit die sammtverbindliche Haftbarkeit der Gesellschafter zum Nachtheile der Gläubiger beschränkt, indem es diesen das Wahlrecht des Sammtgläubigers entzieht. Es ist dieser Sprößling aus dem Grundsatze der moralischen Persönlichkeit auch praktisch wichtig, denn nur schlimme Verhältnisse der Gesellschaft oder sonstige wichtige Gründe werden einen Gläubiger veranlassen, gerichtliche Hülfe gegen Einen — statt gegen alle Sammtschuldner nachzusuchen, und da wird ihm jede Verzögerung sehr gefährlich sein. Ist aber der Niederlassungsort der Gesellschaft weit entfernt, während der einzelne Gesellschafter nahe wohnt, so kann die Erhebung der Klage gegen Erstere leicht einen beträchtlichen Aufschub verursachen, zumal für die Klage gegen den einzelnen Gesellschafter der Nachweis über die Einreichung jener gegen die Gesellschaft erforderlich ist. Mindestens bürdet man dem Gläubiger eine Weitläufigkeit auf, welche mit dem Wesen der Sammtverbindlichkeit im Widerspruche steht, während die unbedingte Zulassung der Klage gegen den einzelnen Gesellschafter diesen weiter nicht beschwert, indem er, wenn die Gesellschaft Mittel besitzt, von dieser schadlos gehalten wird, andernfalls aber ohnehin für diese einstehen muß.

Im IV. Abschnitt „Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden einzelner Mitglieder aus derselben" finden sich im Wesentlichen die Bestimmungen der L.R.S. 1865 ff. 1871. Neu ist, daß als Auflösungsgrund die Gant der Gesellschaft aufgeführt ist, welche wegen der sammtverbindlichen Haftbarkeit der Gesellschafter nur denkbar ist, wenn diese sämmtlich zahlungsunfähig sind, doch kann hierüber erst bei Art. 934. 935 gesprochen werden.

Die Gantmäßigkeit des einzelnen Gesellschafters wirkt auch Auflösung der Gesellschaft, wie sich aus den Motiven S. 66 ergibt, aber die Fassung von Z. 3 des Art. 118 drückt dies nicht deutlich genug aus. Auffallend scheint mir, daß eine auf Lebenszeit geschlossene Gesellschaft gleich einer Gesellschaft auf unbestimmte Dauer aufkündbar sein soll, obwohl dieß dem L.R.S. 1844 entspricht (Zachariä, Bd. II. §. 384 No. 6), denn ist auch das Eintreten des Endpunkts ungewiß, so läßt sich doch dieß Aufkündigungsrecht gewiß nicht aus den Absichten der Contrahenten rechtfertigen.

Zweckmäßig sind die Bestimmungen über die Art, wie der Auflösung der Gesellschaft vorgebeugt werden kann, und wie sich dann das Verhältniß zu dem ausgeschiedenen Gesellschafter gestaltet. (Art. 118 Ziff. 2. 122. 123. 126. 127 des Entwurfs.) Nur geht der letzte Artikel zuweit, wenn er das Miteigenthumsrecht des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen lediglich in eine Forderung an die Gesellschaft verwandelt, und ihm nicht einmal eine gesetzliche Sicherung gewährt, was eben wieder mit der Grundidee der juristischen Persönlichkeit zusammenhängt, wodurch allein die Motive es zu rechtfertigen suchen. Die Härte wird um so klarer, als nach Art. 123. 121 Ziff. 5 des Entwurfs ein Gesellschafter wegen unverschuldeter Krankheit gegen seinen Willen ausgeschlossen werden kann.

Die Auflösung der Gesellschaft, das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft müssen bei Vermeidung der Ungültigkeit (vrgl. Abschnitt I.) schriftlich beurkundet und in das Handelsregister eingetragen worden. (Art 122. 124.)

Die Bestimmungen über Vereinigung der Verhältnisse einer aufgelösten Gesellschaft durch besondere Geschäftsführer (sog. Liquidatoren) im V. Abschnitt „Von der Liquidation der Gesellschaft" sind dem holländischen H.G.B. Art. 32 — 35 und dem Tit. III. Art. 32 — 35 des Entwurfs vom Jahre 1849 nachgebildet. Natürlich muß die Ernennung des Liquidators gleich der des Faktors in das Handelsregister eingetragen werden. (Art. 130.) Sehr erfreulich ist es, daß Streitigkeiten, welche über die Auseinandersetzung entstehen, der richterlichen Entscheidung zugewiesen werden, womit eines Theils

Digitized by Google

den Liquidatoren jede schiedsrichterliche Befugniß entzogen, und andern Theils ein Fehler des französischen H.G.B. vermieden worden ist, nemlich die Zwangsschiedsgerichte des bad. und franz. H.G.B. Art. 51. Diese Einrichtung ist historisch unrichtig (Fremery, Etudes S. 65 ff), und hat sich nach dem Zeugnisse der Motive zu Tit. III. Art. 111. 112 des Entwurfs vom Jahre 1849 in der preuß. Rheinprovinz neben Handelsgerichten noch weniger bewährt, als bei uns ohne solche; durch die allgemeine Einführung von Handelsgerichten werden diese Zwangsschiedsgerichte vollends entbehrlich.

Im VI. Abschnitt „Von der Verjährung" ist die fünfjährige Verjährung des bad und franz. H.G.B. Art. 64 für Klagen gegen Gesellschafter aus Gesellschaftsangelegenheiten beibehalten und mit Recht auch den dort ausgenommenen Gesellschaftern, welche die Liquidation besorgten, gewährt worden, wie dies auch Art. 111 in Tit. III. des Entwurfs vom Jahre 1849 thut. Ebenso empfiehlt es sich, daß bezüglich ungetheilten Gesellschaftsvermögens dem Gläubiger diese Verjährung nicht entgegensteht, sowie daß dieselbe auch gegen bevorrechtete Personen, namentlich Minderjährige, läuft.

(Fortsetzung folgt.)

II.

1) Was ist unter den Worten „Bescheinigung" oder „Bescheinigen" in der Prozeß-Ordnung zu verstehen?
2) Wie sind die Worte „sofort mit in Urschrift beigebrachten öffentlichen Urkunden zu erweisen vermag" in §. 667 der Pr.O. auszulegen?

Der §. 357 der Pr.O. sagt: Wo die Gesetze bloße Bescheinigung fordern, genügen solche Beweismittel oder Beweisgründe, welche hinsichtlich der in Frage stehenden Thatumstände nach den allgemeinen Beweisregeln keine vollständige rechtliche Gewißheit, sondern bloße Wahrscheinlichkeit hervorbringen u. s. w.

Hiermit ist nun zwar der Begriff der in Frage stehenden Worte der Art nach in abstracto deutlich festgestellt, allein der Formalität nach tauchen in vorkommenden einzelnen Fällen doch abweichende Ansichten auf. Wenn nemlich z. B. der §. 925 No. 4 und 5 der Pr.O. bestimmt, daß der Dritte, welcher einen richterlichen Einhaltsbefehl erwirken will, seinen Anspruch zu bescheinigen hat, so geht die eine Ansicht dahin, daß diese Bescheinigung sofort mit dem Gesuch beizubringen ist, während nach der andern Ansicht auch schon der bloße Vorschlag des Bescheinigungsmittels mit der Bitte um Erhebung desselben genüge. Diese letztere Ansicht möchte sich aber aus folgenden Gründen nicht rechtfertigen lassen.

Faßt man nemlich alle die Fälle in welchen die Pr.O. Bescheinigung verlangt (§ 66. 98. 100. 232. 234. 353. 357. 509. 599. 627. 628. 655. 656. 658. 674. 677. 680. 687. 730. 746 No. 2. 925 No. 4 und 5), näher ins Auge, so ergibt sich, daß bei allen mehr oder weniger nicht deßhalb, weil die Sache, um die es sich handelt, geringfügiger ist und man es daher mit dem vollständigen Beweis nicht so streng zu nehmen habe, bloße Bescheinigung verlangt wird, sondern weil die vorläufige schnellere Erledigung der Sache zunächst und hauptsächlich entscheidend wird und um diese zu erzielen, kam man auf das Mittel der „bloßen Bescheinigung" die wenigstens für die gewöhnlichen und häufigsten Fälle dem Zweck entspricht, wie z. B. durch nicht anerkannte Privaturkunden und beglaubigte Abschriften.

Schon diese Absicht einer schnellen Erledigung spricht dafür, daß das Bescheinigungsmittel nicht blos erst vorgeschlagen, sondern sofort beigebracht, daß also die in Frage stehende Thatsache sofort bescheinigt, d. h. wahrscheinlich gemacht wird.

Nach §. 655 der Pr.O. hat z. B. der Arrestkläger seine Ansprüche zu bescheinigen. Die bestrittene Ansicht vindicirt ihm das Recht (vorausgesetzt wohl, daß überhaupt Zeugenbeweis zulässig ist?), sich deßfalls auf die Abhör eines einzigen glaubwürdigen Zeugen zu berufen (§. 357) und der Arrestrichter hätte also zuerst Tagfahrt zur eidlichen Abhör dieses Zeugen anzuberaumen. Dieses kann aber offenbar nicht statthaft sein; denn der Richter hat nicht vorerst die Bescheinigung zu erheben, sondern auf Grund der behaupteten und bescheinigten Thatsachen den Arrest zu verfügen (§. 650) oder aber den Arrest zu verwerfen, ohne hievon dem Arrestbeklagten Nachricht zu geben (§. 656) wobei es mit Hinsicht auf §. 657 kaum der Bemerkung bedarf, daß die Hinweisung auf §. 281 der Bescheinigung, sondern dem thatsächlichen Vorbringen gilt.

Auch der §. 657 vrgl. mit 680 der Pr.O. gibt deutlich zu erkennen, daß der Richter schon bei Erhebung der

Digitized by Google

Arrestklage in der Lage sein muß, beurtheilen zu können, ob die Bescheinigung „hinreichend" ist oder nicht.

Bei der Bescheinigung durch einen erst noch abzuhörenden Zeugen aber oder durch Berufung auf eine erst noch zu erhebende Privaturkunde, die vielleicht gar noch im Besitze eines Dritten ist und von diesem erst noch ausgewirkt werden muß, ist der Arrestrichter geradezu außer Stand, jenes beurtheilen zu können, da er nie im Voraus wissen kann, was der Zeuge aussagt, oder ob die Urkunde wirklich besteht, ob sie erhoben werden kann und was sie wirklich ihrem eigenen Inhalt nach enthält.

Wenn der §. 658 — ohne Zweifel dem §. 657 entgegenzuhalten — von „vollständiger" Bescheinigung spricht, so wird es wohl noch Niemand eingefallen sein, diese Vollständigkeit etwa darin finden zu wollen, daß dem Arrestkläger gestattet sei, in der Arrestrechtfertigungstagfahrt erst noch weitere Bescheinigungsmittel „in Vorschlag zu bringen," denn in dieser Tagfahrt handelt es sich um Bestätigung oder Wiederaufhebung des Arrests, je nachdem die mit der Arrestklage beigebrachte hinreichende oder aber nicht hinreichende, in der Tagfahrt aber beigebrachte vollständige Bescheinigung die Bestätigung oder aber im nicht zutreffenden Fall die Aufhebung des Arrests rechtfertigt.

Beim Beweis ist, wie aus dem Inhalt des §. 151. 615 (1157 No. 1 und 1216) deutlich hervorgeht, zu unterscheiden die „Beweisantretung" und die „Beweisführung." Hinsichtlich der Bescheinigung aber kennt das Gesetz keine Antretung der Bescheinigung, sondern nur die Bescheinigung selbst, d. h. die sofortige Wahrscheinlichmachung; und im §. 234 vrgl. mit 730 und 746 No. 2 findet man die Bescheinigung und Beweisantretung ausdrücklich unterschieden. Nicht weniger deutlich sprechen die §. 627 und 628, wo die Bescheinigung und die „schnelle Beweisführung" durch Erbieten zum Eid einander gleichgestellt sind, so daß von einem bloßen Vorschlag der zulässigen Bescheinigungsmittel nicht die Rede sein kann.

Man könnte zwar gerade mit Bezug auf das Bescheinigungsmittel der „Aussage eines einzigen Zeugen" behaupten, daß hieraus hervorgehe, daß die Bescheinigungsmittel auch blos vorgeschlagen werden können. In den Fällen des §. 234. 370. 746 No. 2 kann man dieses wohl zugeben, indem dort der Vorschlag von Beweismitteln ausdrücklich vorbehalten ist. Allein gerade weil in andern Fällen die Bescheinigung selbst und nicht nur blos der Vorschlag von Beweismitteln erforderlich ist, ergibt sich, daß die Zeugen*aussage* schon vorliege, daß also das Protokoll über diese Aussage entweder in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden muß; wobei noch zu berühren ist, daß es auch keineswegs nothwendig erscheint, daß die Aussage des Zeugen gerade vor dem Gericht, dem etwas wahrscheinlich gemacht werden soll, geschehen sein muß.

Was nach dem Bisherigen von der im Falle des §. 655 erforderlichen Bescheinigung gilt, gilt auch in allen übrigen Fällen, in welchen eine Bescheinigung verlangt wird.

Eine ähnliche Verschiedenheit der Auffassung zeigt sich im Fall des §. 667 der Pr.O. beim Nachsuchen von unbedingten Befehlen, indem man ungeachtet der deutlichen Worte „*sofort* mit *beigebrachten* Urkunden *zu erweisen* vermag" öfter die Behauptung hört, daß ein Antrag auf Erhebung der Urkunde genüge. Diese Behauptung dürfte unzweifelhaft unrichtig sein. Eine erst noch zu erhebende, also erst noch beizubringende Urkunde ist keine *beigebrachte* und der Antrag, eine Urkunde zu erheben, ist eine bloße Beweisantretung (§. 377), die Thatsache ist aber damit nicht sofort erwiesen (§. 151. 615). Man sucht nun zwar der angefochtenen Behauptung damit Eingang zu verschaffen, daß man sagt, „bei der wörtlichen Anwendung des §. 667 muß jedes Gesuch um Erlassung eines unbedingten Befehls, dessen Thatsachen durch öffentliche Urkunden erwiesen werden sollen, die sich nicht im Besitze des Klägers, sondern bei einer öffentlichen Behörde, z. B. beim Amts-Revisorat befinde, somit in der Regel hinwegfallen, weil die meisten öffentlichen Urkunden nicht im Besitze der Betheiligten seien. Man darf dieses ohne Anstand zugeben. —

Das Gesetz gibt nirgends zu erkennen, daß es die Erlassung unbedingter Befehle besonders begünstigen will; gerade in dirser Beziehung ist nicht außer Acht zu lassen, daß es im Gesetz ausdrücklich heißt, daß nur derjenige einen unbedingten Befehl soll erwirken können, welcher die erforderlichen Urkunden beizubringen und damit den Beweis sofort zu führen *vermag*. Wer nicht in dieser Lage ist, z. B. weil sich die Urkunde bei einer anderen Behörde oder zwar bei demselben Gericht, aber in andern Acten oder gar in Händen eines Dritten befindet, der hat auch kein Recht, einen unbedingten Befehl zu verlangen und ihm geschieht durch die strenge Handhabung des Gesetzes auch nicht Unrecht.

Digitized by Google

Dagegen enthalten die Billigkeitsrücksichten, aus welchen man — wie es nicht selten vorkommt — nach dem klägerischen Antrag die Urkunden erst noch erhebt, nicht nur einen Verstoß gegen die §. 668 und 669, sondern auch ein gesetzwidriges Unrecht gegen den Beklagten. Zwar hört man den Einwurf, daß, wenn doch die öffentliche Urkunde nun einmal existire, es immerhin unbillig sei, wenn der Befehl nur deßhalb nicht solle erlassen werden, weil sich die Urkunde nicht im Besitze des Klägers befinde, und sich oft oder meistens nicht befinden könne (wie z. B. bei Theilungsurkunden) und daß, weil kein Recht dadurch verletzt werde, wenn der Richter auf klägerischen Antrag die Urkunde erhebe, auch nicht einzusehen sei, warum letzteres nicht geschehen soll. Allein abgesehen davon, daß die Erhebung der Urkunde durch den Richter allerdings gegen die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten über das Verfahren bei unbedingten Befehlen und damit auch gegen die Rechte des Beklagten verstößt, kömmt besonders in Beziehung auf letztere noch in Betracht, daß dem Kläger auf formell gesetzwidrige Weise zu einem Urtheile verholfen wird, welches er auf die Liegenschaften des Beklagten eintragen lassen kann; sodann aber auch wird der Rechtsstand des Beklagten dadurch beeinträchtigt und verletzt, daß er in seiner Vertheidigung durch die Bestimmung des §. 671 deßhalb sehr beschränkt wird.

Der Richter hat sich daher zu hüten, aus bloßen Billigkeitsrücksichten für den Kläger dem Beklagten offenbares Unrecht zuzufügen.

Die oberhofgerichtliche Entscheidung in den Annalen 1846 S. 344 steht der hier vertheidigten Ansicht keineswegs entgegen. Nachdem einmal vom Richter die Urkunde bei großh. Amtsrevisorat erhoben worden war und dem Richter hiernach die Bescheinigung wirklich vorlag, konnte und mußte der Richter den unbedingten Befehl allerdings erlassen. Der Kläger selbst hatte keinen Grund zur Beschwerde etwa darüber, daß der Befehl nicht am Tage der Einreichung des Gesuchs erlassen, sondern vorerst die Urkunde erhoben worden ist, da er letzteres selbst beantragt hatte; der Beklagte hatte aber nach der Ansicht des großh. Oberhofgerichts keinen Grund zur Beschwerde, weil es ihm gleichgiltig sein muß, auf welche Weise die Bescheinigung zu den Akten kam, ob durch den Kläger selbst oder aber durch Vermittlung des Richters und Amtsrevisorats und darüber hatte er sich ebensowenig zu beschweren, daß der Befehl erst nach Beibringung der Urkunde oder überhaupt erst später erlassen worden ist.

Die eigentliche Frage bleibt aber, nach wie vor, immer die, ob der Richter verpflichtet ist, beim Amtsrevisorat die Urkunde zu erheben und ob er sich nicht ungeeigneter Weise gleichsam zum Werkzeug oder Gehilfe des Klägers hergibt und ob er, wenn er statt auf dieses Gesuch einzugehen, das Gesuch in der Hauptsache angebrachtermaßen verwirft, dem Kläger ein Unrecht zufügt und nach Schuldigkeit auch die Rechte des Beklagten wahrt.

Die richtige Entscheidung dieser Frage wird immerhin die sein müssen, daß der Richter sich an die strenge Handhabung des Gesetzes zu halten hat, bei welcher er weder das Recht des Klägers, noch das Interesse des Beklagten verletzt. ...l.

Juristische Zeitschriften für das Jahr 1857 aus dem Verlage von **Ferdinand Enke** in Erlangen:

Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Herausgegeben von Prof. Dr. J. D. H. Temme. IV. Bd. 8. Jährlich drei Hefte à 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Gerichtssaal, der. Zeitschrift für volksthümliches Recht. Unter Mitwirkung vieler, den deutschen gesetzgebenden Versammlungen, Gerichtshöfen und Hochschulen ꝛc. angehörenden Juristen, herausgegeben von Dr. F. Ch. von Arnold, Dr. A. Ritter von Hye-Glunek und Dr. F. O. Schwarze. Achter Jahrgang. Zwölf Hefte. gr. 8. 4 Thlr. 20 Sgr. oder 8 fl.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von Prof. Dr. H. Th. Schletter. III. Bd. Lex. 8. Jährlich 4—5 Hefte à 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Zeitschrift, deutsche, für die Staatsarzneikunde mit vorzüglicher Berücksichtigung der Strafrechtspflege in Deutschland und Oesterreich, herausgegeben von Dr. P. J. Schneider, Dr. J. H. Schürmayer und Dr. J. J. Knolz, unter Redaction von Dr. Sigm. A. J. Schneider. Neue Folge IX. und X. Bd. (4 Hefte.) 8. geh. 4 Thlr. oder 6 fl. 48 kr.

Zu Bestellungen empfiehlt sich:

J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 13.

I.

Ueber die Handelsgerichte und das handelsgerichtliche Verfahren nach den Vorschriften des Handelsgesetzentwurfs für Deutschland.

Das sechste und letzte Buch des deutschen Handelsgesetzbuchs enthält einen der wichtigsten Theile dieser Gesetzgebung, nämlich die Organisation der handelsgerichtlichen Behörden und das Prozeßverfahren in Handelssachen.

Der hohe Werth dieser Einrichtungen und ihre unbedingte Nothwendigkeit bei der vorherrschend kaufmännischen Richtung unserer Zeit, liegt klar zu Tage, und ist deßhalb sehr zu wünschen, daß man allenthalben bestrebt sein möge, die hierher bezüglichen Bestimmungen in möglichster Vollkommenheit in's Leben treten zu lassen. „Besser tüchtige Handelsgerichte ohne alles Handelsgesetzbuch, als das beste Handelsgesetzbuch ohne Handelsgerichte!" ist der Ausspruch der Handelswelt, und wer aus eigener Erfahrung das Handelsleben kennt, wird diesem Urtheile vollkommen beipflichten.

Die tägliche Wahrnehmung lehrt, daß es fast keinen Handelsrechtsfall von Bedeutung gibt, zu dessen Beurtheilung nicht Kenntniß der Handelswissenschaft und der kaufmännischen Geschäftsbehandlung nothwendig wäre, und es zeigt sich nur zu oft, daß, wenn lediglich juristische Anschauungsweise einer Entscheidung zu Grunde liegt, diese Entscheidung nach rein juristischer Auffassung ganz richtig sein kann, während die kaufmännische Anschauung vielleicht von der Ansicht der Rechtsgelehrten gar sehr abweicht.

Die Vorzüge von Handelsgerichten überhaupt, welche bereits so oft nachgewiesen sind, zu wiederholen, ist jedoch hier nicht am Platze, und soll nur kurz ausgeführt werden, daß nicht allein die Existenz von Handelsgerichten überhaupt, sondern die Art ihrer Organisation, und namentlich die Prozedur vor denselben, mit äußerster Sorgfalt erwogen werden muß, falls dieses neue Institut wirklich den Anforderungen entsprechen soll, welche billig an dasselbe gestellt werden können.

Der Entwurf bestimmt nun in den Art. 971 — 985, daß Handelsgerichte an geeigneten Orten auf Staatskosten errichtet werden sollen, um für die ihnen überwiesenen Rechtsangelegenheiten die erste Instanz zu bilden. Die dazu erforderlichen Geschäftsräume sollen in den Ortsgerichtsgebäuden zu gewähren, oder, wo dies nicht ausführbar erscheint, durch den Handelsstand zu beschaffen sein. *)

Jedes Handelsgericht soll aus einem rechtsgelehrten Richter und vier Richtern aus dem Handelsstande bestehen, und in Versammlungen von mindestens drei Richtern urtheilen. Es erscheint auch zulässig, daß die sämmtlichen Richterstellen, mit Einschluß der des Vorsitzenden, mit Handelsleuten besetzt werden. Neben den vier Handelsrichtern besteht eine gleiche Anzahl stellvertretender Richter aus dem Handelsstande.

Die Handelsrichter, welche wenigstens 30 Jahre alt sein, und seit mindestens 5 Jahren ein Handelsgeschäft selbstständig betrieben haben müssen, werden durch die Vorsteher der Kaufmannschaft und die Mitglieder der Handelskammer erwählt, indem zugleich die Bezirksstaatsbehörde noch so viele weiteren Wähler ernennt, daß deren Anzahl zum wenigsten fünfundzwanzig beträgt. Die Handelsrichter bedürfen der landesherrlichen Bestätigung.

*) Es liegt in der Natur der Sache, daß für ein Handelstribunal eine würdigere äußere Ausstattung nothwendig erscheint, als dies bei unseren jetzigen Lokalen für die Gerichtsbehörden erster Instanz meistens der Fall ist, welche in dieser Richtung größtentheils sehr wenig geeignet sind, auf die Rechtsuchenden einen ehrfurchtgebietenden Eindruck zu machen.

Digitized by Google

Das Amt derselben dauert vier Jahre und endet außer mit dieser Zeit nur in Folge der Verlegung des Wohnsitzes, der Ergreifung eines anderen Gewerbes oder solcher Umstände, welche eine Schmälerung der Ehrenrechte nach sich ziehen.

Die Art der Wahl ist der des Art. 618 ff. des französischen Handelsgesetzbuches nachgebildet, und verdient sicher den Vorzug vor den sehr umfangreichen Vorschriften, welche im Jahre 1846 in dieser Richtung in Baden einzuführen beabsichtigt wurden.

Es dürfte nun leicht die Frage aufgeworfen werden, ob es überhaupt zweckmäßig sei, Rechtsgelehrte neben Kaufleuten in Handelsgerichten auftreten zu lassen, und es sind bereits verschiedene Stimmen dahin laut geworden, daß es im Allgemeinen passend sein dürfte, die Handelsgerichte ausschließlich aus Kaufleuten zusammenzusetzen. Es ist bekannt, daß die französischen Handelstribunale keinen rechtsgelehrten Vorsitzenden haben, und an dieser alten Form der Handelsgerichte wird nun in den Rheinlanden mit der Aengstlichkeit festgehalten, welche sich daselbst bei jeder Gelegenheit kund gibt, so oft irgend eine Aenderung des bestehenden Zustandes in Aussicht steht.

Erfahrungen über die Frage, ob es rathsam sei, alle Rechtsgelehrten vom Handelsgerichte auszuschließen, können natürlich nur in solchen Theilen Deutschlands erhoben werden, wo ausschließlich kaufmännische Handelsgerichte schon lange existiren, und dürfte es bedenklich sein, über die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit einer solchen Zusammensetzung, aus theoretischen Gründen ein Urtheil zu fällen, so lange man nicht aus eigener Anschauung hierüber praktische Erfahrungen gemacht hat. *)

Bei uns dürfte indessen diese ganze Frage wenig praktisch werden. Während in Frankreich und den Rheinlanden schon seit langen Jahren Handel und Handelsgericht besteht, während dort eine Prozeßleitung durch das Gericht gar nicht bekannt ist, und die Anträge der Parteien durch Anwälte oder in den meisten Fällen durch Huissiers bei dem Handelsgerichte gestellt werden, — ist bei uns die Ausschließung der rechtsgelehrten Richter vor der Hand nicht wohl möglich, eines theils, weil unser Handel noch zu sehr im Entstehen begriffen und bei der Mehrzahl der Handelsleute erfahrungsgemäß die Kenntniß der eigentlichen Handelswissenschaft, die höhere kaufmännische Bildung noch bei weitem nicht in zureichendem Maße vorhanden ist, anderntheils, weil der vorliegende Entwurf im Allgemeinen die Prozeßgesetzgebung der einzelnen Länder fortbestehen lassen will, und somit das System der richterlichen Prozeßleitung bei uns bestehen bleiben wird, weßhalb besonders aus dem letzteren Grunde das rechtsgelehrte Element hier schwerlich zu entbehren sein dürfte.

Die Art. 974. 976. 985 bestimmen nun, daß, falls in einem Bezirke kein kaufmännisches Handelsgericht existirt, das ordentliche Gericht des Bezirks zugleich Handelsgericht ist, daß die rechtsverständigen Richter eines kaufmännischen Handelsgerichtes zugleich Mitglieder des, am Orte befindlichen gewöhnlichen, Gerichtes sein können, und daß selbst diesem gewöhnlichen Gerichte für vorkommende Handelsfälle, Beisitzer aus dem Handelsstande mit entscheidender Stimme beigegeben werden können.

Nach der französischen Gesetzgebung entscheiden in Gegenden, wo keine bedeutenden Kaufleute sind, die gewöhnlichen Gerichte, d. h. die Bezirksgerichte (selbst wenn der Streitgegenstand ihre eigentliche Competenz nicht erreicht), nicht aber die Friedensrichter, was den Vortheil darbietet, daß alle Handelssachen nur durch ein Collegialgericht entschieden werden, *) und zwar nach abgekürzten Prozeßformen und ohne die Nothwendigkeit von Anwälten.

Es ist nun nicht zu übersehen, daß der vorliegende Entwurf, welcher ursprünglich für die preußischen Staaten bestimmt ist, wenn er von den gewöhnlichen bürgerlichen Gerichten spricht, nicht etwa das Institut des Einzelrichters, sondern die preußische Gerichtsorganisation vom 2. Januar 1849 und 26. April 1851 im Auge hat. Nach dieser Gesetzgebung existiren in Preußen eine bedeutende Anzahl von Kreisgerichten, welche alle Concurse und alle Prozesse, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, collegialisch behandeln, wobei den einzelnen Gerichtsmitgliedern, sowie den, in den entfernteren Gegenden des Be-

*) In Holland sind durch das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom Jahre 1838 die kaufmännischen Handelsgerichte ganz aufgehoben, und ihre Geschäfte den gewöhnlichen Arrondissementsgerichten übertragen worden, was freilich dort unbedenklich geschehen konnte, da bekanntlich jeder Holländer, so zu sagen, Handelsmann ist. Ein belgisches Gesetzprojekt enthält die Bestimmung, daß der Vorsitzende des Handelsgerichtes ein Rechtsgelehrter sein und vom König auf die Weise ernannt werden solle, wie in Belgien alle höheren Justizbeamten ernannt werden, nämlich durch die landesherrliche Auswahl aus mehreren Kandidaten, welche von den Provinzialständen vorgeschlagen werden.

*) Gesetz vom 16.—24. August 1790.

Digitized by Google

zirks als Commissäre funktionirenden Richtern noch obliegt, die Verhandlungen zu Protokoll zu nehmen und zugleich die Sachen unter 50 Thalern Werth als Einzelrichter abzurtheilen.

Deßhalb steht auch im Buche über das Concursverfahren stets das Concursgericht (Kreisgericht an Orten, wo kein bedeutender Handelsstand ist) als controlirende und urtheilende Behörde dem Einzelrichter, welcher als Commissär funktionirt, gegenüber. (Diese Theilung der Geschäfte des Concursverfahrens zwischen einem Einzelnen, welcher eilende Maßregeln ergreift, die Verhandlungen leitet, aber nur in unbedeutenden Fällen selbstständig entscheidet, während das collegiale Concursgericht alle wichtigen Erkenntnisse gibt, und der bei demselben angestellte Staatsanwalt die nöthige Controle ausübt, erscheint sicher höchst zweckmäßig. Das Concursgericht beaufsichtigt gewiß die Person, welche das Verfahren leitet, viel besser als etwa ein entferntes Obergericht, welches vom ganzen Concurse keine Kenntniß hat und erst durch Berichte informirt werden muß, der kreisgerichtliche Staatsanwalt aber wird auf ganz andere Art vermögen, vom strafrechtlichen Standpunkt aus die Gantverhandlungen zu überwachen, als dies, wie bei uns, durch einen Staatsanwalt geschehen kann, der gar nicht Beamter eines Erstinstanzgerichts ist.) Wenn also der vorliegende preußische Entwurf mit allen seinen Bestimmungen adoptirt und bei uns eingeführt würde, so müßten nothwendigerweise nach dem Geiste dieses Gesetzes auch Collegialgerichte erster Instanz neben den kaufmännischen Handelsgerichten eingeführt werden.

Die Einführung derselben wird nun bei uns schon für das Strafverfahren nothwendig werden, sobald der jetzige provisorische Zustand einmal irgend ein Ende erreicht haben wird, und überdies zeigt die Einführung von Kreisgerichten in Hannover, Braunschweig, Sachsen, Baiern, und sogar in den meisten kleinern Staaten, sowie das Projekt einer Organisation für Oldenburg, daß die Frage, ob man überhaupt Collegialgerichte dem Einzelrichter vorziehen soll, ziemlich entschieden zu sein scheint.

Es muß aber gewiß höchst wünschenswerth erscheinen, daß in allen Staaten, die das Handelsgesetzbuch annehmen, eine gleichartige Justizverfassung existirt, und es ist zugleich sicher nothwendig, mit dem Gesetze selbst auch diejenigen Gerichtseinrichtungen einzuführen, welche dasselbe als selbstverständliche Grundlage voraussetzt, damit nicht die Uebelstände wieder zu Tag treten, welche bei der Einführung des französischen Rechtes in Baden dadurch entstanden, daß bedeutende Theile des Civil- und Handelsgesetzbuches unverständlich, ganz unpraktisch oder mindestens schwer anwendbar sich zeigten, weil die entsprechende Organisation der Behörden fehlte.

Wenn übrigens bei uns keine collegialen Bezirksgerichte errichtet würden, so müßte der Art. 974, wonach in Ermanglung eines Handelsgerichts das gewöhnliche Civilgericht in Handelssachen urtheilt, sicher wegfallen, denn einem Einzelrichter ohne Beschränkung der Competenz alle Handelssachen in die Hand zu geben, wäre im höchsten Grade gefährlich, weil im Handelsprozesse bei der Strenge des Verfahrens, bei der Zulässigkeit der Exekution trotz der Appellation, eine solche reifliche Erwägung und Behutsamkeit bei allen Entscheidungen nothwendig erscheint, daß in den häufigsten Fällen eine Berathung durch mehrere Richter nothwendig wird, während eine übereilte Maßregel eines Einzelnen, welcher keine Gründe für eine entgegengesetzte Ansicht hört, unter Umständen einen unwiederbringlichen Schaden nach sich ziehen kann.

Die Vorschrift, daß der rechtsgelehrte Vorsitzende des Handelsgerichtes zugleich Mitglied des gewöhnlichen Gerichtes sein darf, sowie die Bestimmung, daß auch dem gewöhnlichen Gerichte einige kaufmännische Beisitzer beigesellt werden können, woraus sodann Handelsgerichte für bestimmte einzelne Fälle gebildet werden sollen, dürfte wohl unpraktisch erscheinen. Als Handelsgerichte mögen kaufmännisch besetzte Gerichte oder die gewöhnlichen Collegialgerichte entscheiden. Eine Vereinigung so verschiedener Funktionen, wie die eines Handelsgerichtsvorstehers und eines Richters am gewöhnlichen Gericht, wird schwerlich zu einem günstigen Resultate führen, weil dieser Beamte dann nie im Stande sein wird, sich einer bestimmten Thätigkeit ausschließlich zu widmen. Man könnte nun vielleicht beabsichtigen, die Vorschrift des Art. 985 zur Regel zu erheben, in der Meinung, daß genügende Handelsgerichte ohne weitere Kosten, ohne Nothwendigkeit organisatorischer Arbeiten schon dadurch in's Leben gerufen werden könnten, daß man den gewöhnlichen Gerichten eine Anzahl Handelsleute in Handelssachen beigebe, allein ein solches Auskunftsmittel dürfte schwerlich geeignet sein, ein Emporblühen der Handelsgerichtsbarkeit zu bewirken. Wenn z. B. bei uns die bisherige Organisation fortbestehen bliebe, und blos, wie in der Gerichtsorganisation vom 6. März 1845 bestimmt war, zum Einzelrichter,

Digitized by Google

sobald ein Handelsrechtsfall vorkömmt, einige Kaufleute zur Beschlußfassung und Entscheidung hinzutreten würden, wenn dabei etwa der Art. 1000 fortbestehen bliebe, wonach das Verfahren sich lediglich nach den bestehenden Vorschriften richtet (also sogar nach Umständen ein rein schriftliches bleiben könnte), so dürfte das Bild eines solchen Handelsgerichts kein besonders lebendiges sein. Für den dabei funktionirenden Richter, welcher vielleicht neben seinen Handelssachen noch andere bürgerliche Streitigkeiten und Strafsachen besorgen, ja selbst möglicher Weise noch in Polizei- und Administrativsachen aushelfen müßte, wären neben allem Geschäftsdrange, neben den, nie fehlenden Geschäftsstörungen, die beigegebenen Kaufleute oft nur eine Last, und die in einzelnen Fällen neben einem Einzelrichter bei unserer jetzigen Organisation und Prozedur funktionirenden kaufmännischen Elemente würden nach Umständen nur zu oft die Rolle der würtembergischen Gerichtsbeisitzer zu spielen haben.

Halbheiten oder Provisorien in der Handelsgerichtsverfassung können nichts nützen, sondern lediglich die Entstehung einer definitiven durchgreifenden Organisation hindern, und erscheint es daher, unter Beseitigung jeder halben Maßregel, unbedingt nothwendig, wo bedeutender Handel getrieben wird, ganz besondere kaufmännische Handelsgerichte zu errichten, deren rechtsgelehrte Richter mit keinerlei andern Geschäften behelligt werden, in Gegenden aber, wo nicht die hinreichende Anzahl Kaufleute ist, die Handelssachen Bezirksgerichten zuzuweisen. Zwecklos wäre es jedoch, wie schon bemerkt, einem ohnehin geschäftsüberladenen Einzelrichter für einzelne Fälle Handelsleute beizugeben und ihm sodann zu überlassen, sich neben seinen andern Geschäften auch noch in die Rolle eines Handelsgerichtspräsidenten hineinzudenken, weil bei einer solchen Zusammensetzung des Gerichts das kaufmännische Element nie denjenigen Einfluß auf den Prozeß gewinnen wird, den es sachgemäß ausüben muß.

Bei der Organisation der Handelsgerichte dürfte übrigens noch beizufügen sein, daß bei jedem Handelsgericht eine Anzahl Gerichtsboten und Gerichtsschreiber in der Zahl, wie solche das Bedürfniß verlangt, angestellt werden. *)

Im zweiten Titel wäre zum Schlusse noch eine Bestimmung darüber am Platze, ob in Sachen, welche vor das Handelsgericht gehören, eine Prorogation auf das gewöhnliche bürgerliche Gericht zulässig sein soll, oder nicht.

Während nun der Art. 442 des Code de proc. ausdrücklich verfügt, daß die Handelsgerichte mit der Exekution ihrer Urtheile nichts zu thun haben, schreibt der Art. 990 des vorliegenden Entwurfs ausdrücklich vor, daß denselben auch die Bewirkung der Exekution obliege, ohne daß jedoch die kaufmännischen Beisitzer dabei mitzuwirken hätten, so daß die Leitung des Vollstreckungsverfahrens lediglich dem rechtsgelehrten Vorsitzenden zur Last bleibt. Diese Bestimmung erscheint in hohem Grade unzweckmäßig. Das Amt des Handelsgerichtspräsidenten ist eine der wichtigsten Funktionen, und erfordert außer gediegenen Kenntnissen, eine rasche Uebersicht der Verhältnisse, und diejenige unvertilgbare Frische des Geistes, welche man namentlich bei französischen Richtern hauptsächlich aus dem Grunde wahrnimmt, weil dieselben nur an ein Anhören von Vorträgen und Fällung des Urtheils gewöhnt sind, während ihnen der deutsche Kanzleidienst mit seinem fortwährenden Schreiben und Controliren ganz fremd bleibt. Es wäre in der That bedauerlich, wenn der über einen großen Bezirk gesetzte Handelsgerichtsvorstand, nachdem er sich sattsam den Tag über mit Sitzungen, Verhandlungen und Urtheilsfällungen beschäftigt hat, zum Schlusse noch Exekutionsverfügungen aller Art erlassen, allwöchentlich die Exekutionsakten reproduziren und untersuchen müßte, ob nicht allenfalls eine Pfändung liegen geblieben ist, oder ein Gerichtsvollzieher auf einer Saumseligkeit ertappt werden kann. Damit würden sodann die gerichtlichen Anrufen, Beschwerden und Nachfragen in der Exekutionsinstanz so wenig als jetzt aufhören, und die Thätigkeit des Präsidenten würde durch diese Nebenfunktion sicher häufig so sehr in Anspruch genommen werden, daß Geschäfte von ganz anderer Wichtigkeit entschieden darunter leiden müßten.

Sobald kollegiale Handelsgerichte eingeführt werden, ist eines der hauptsächlichsten Erfordernisse, daß, wie dieß bei jedem Collegialgerichte naturgemäß der Fall sein muß, die Besorgung des Exekutionsverfahrens diesen Gerichten

*) Bei Anstellung der Gerichtsschreiber wäre es sicher am Platze, daß diesen so wichtigen Beamten, denen bei Handelsgerichten so manche selbstständige Geschäftsbesorgung naturgemäß gestattet werden muß, auch ein Einkommen gesichert würde, welches der Bedeutung ihrer Stellung entspricht. Die Tarordnung für die rheinpreußischen Handelsgerichtsschreiber vom 17. November 1826 verdient hierin nachgeahmt zu werden.

Digitized by Google

ganz abgenommen wird, eine Einrichtung, die nicht allein längst in Frankreich besteht, sondern auch in die hannöver'sche Pr.O. vom 8. November 1850 übergegangen ist, woselbst den s. g. Gerichtsvögten das ganze Vollstreckungsverfahren übertragen wurde.

Die Erfahrung lehrt auch, daß in den Rheinlanden, wo den Gerichtsboten eine unabhängige und ehrenvolle Existenz gesichert ist, dieselben vollkommen im Stande sind, alle Vollstreckungshandlungen ohne Mitwirkung einer Gerichtsperson genügend zu vollziehen, und daß das wachsame Auge der Staatsanwaltschaft auf dieselben eine ganz andere Wirkung ausübt, als dies durch alles gerichtliche Aktenreproduziren nebst Monitorien und Strafandrohungen wird erreicht werden können.

Freilich wäre zur selbstständigen Besorgung von Exekutionsgeschäften aller Art ein Gerichtsbotenstand erforderlich, an welchen man auch bedeutende Anforderungen zu stellen berechtigt wäre, welcher auch durch Cautionen eine Garantie bieten könnte, wogegen derselbe in seinem Dienste ein reichliches Auskommen hoffen dürfte. *)

Was die Verhängung von Arresten anbelangt, welche ebenfalls nach Art. 990 ausschließlich ein Geschäft des Gerichtspräsidenten ist, so dürfte namentlich für Baden eine Bestimmung am Platze sein, wonach in Handelssachen die Anlegung von Arresten in ausgedehnterem Maßstabe ermöglicht wird.

Es ist bekannt, daß in unseren Nachbarstaaten, namentlich von den rheinischen und holländischen Gerichten, ohne alle weitere Voraussetzungen, Personal- und Realarrest gegen Ausländer erkannt wird. Dagegen läßt die badische Prozeßordnung, abgesehen von einzelnen besonderen Fällen, einen Arrest gegen einen Ausländer im Allgemeinen nur dann zu, wenn der Ausländer einen Gerichtsstand in Baden hat. (§. 644. 6.) Ist aber z. B. ein Vertrag nicht in Baden entstanden oder nicht in Baden zu erfüllen, oder ist der Beklagte nicht persönlich in Baden anzutreffen, so kann der inländische Kläger z. B. nicht ohne Weiteres Arrest auf Waaren seines ausländischen zahlungsweigernden Schuldners erwirken, welche in Baden liegen. Der §. 646. 3 der Pr.O. läßt zwar ausnahmsweise ein Arrestgesuch gegen Ausländer auch im Inlande zu, wenn das, nach der aufgestellten Regel zuständige Gericht nicht angegangen werden kann, ohne daß die Gefahr daraus entsteht, daß die Arrestanlegung selbst verspätet oder vereitelt würde. Allein selbst in diesem Falle ist der badische Gläubiger, welcher eine Waare seines ausländischen Schuldners in Baden arretiren lassen will, verpflichtet, die Bescheinigung zu erbringen, daß überhaupt ein Grund zu einer Arrestanlage, d. h. daß ein Fall, wie die im §. 644 der Pr.O. beschriebenen Arrestgründe, vorliege.

(Fortsetzung folgt.)

*) Obschon nicht verkannt werden darf, daß durch die Einführung der Gerichtsvollzieher in Baden der frühere Zustand des Exekutionswesens verbessert wurde, so ist doch nicht zu übersehen, daß das Institut der Gerichtsvollzieher den Erwartungen, zu welchen man sich anfangs berechtigt glaubte, sehr häufig nicht entsprechen hat. Die Erfahrung hat leider gezeigt, daß Regellosigkeiten im Dienste, Nachlässigkeiten aller Art sich immer noch in unerwarteter Weise gezeigt haben, und daß Disciplinaruntersuchungen und Entlassungen nur zu oft vorkommen. Das Bedauerlichste ist, daß an diese Personen, strenge genommen, keine großen Anforderungen gestellt werden können, weil ihr Einkommen häufig so kümmerlich ist, daß der Zudrang zu dem Gerichtsbotendienste in bedenklicher Weise abgenommen hat. Ein tüchtiges Gerichtsbotenpersonal wird aber erst dann zu bekommen sein, wenn das Diensteinkommen so gestellt wird, daß der Gerichtsbote nicht mehr an den drückenden Nahrungssorgen zu leiden hat, unter denen er jetzt so häufig leidet.

Selbst wenn man nicht beabsichtigte, Gebührentarife wie die französischen einzuführen, oder Bestimmungen zu treffen, wie in manchen Gegenden Norddeutschlands, wo z. B. in Hamburg und Altona eine Zustellung sechs Gulden kostet, so dürfte doch zu bedenken sein, daß in andern Ländern wie z. B. in Baiern und Hannover die Gebühren für die Dienstleistungen des Gerichtspersonals in allen Fällen mindestens doppelt so hoch als bei uns sind, was auch gewiß ganz entsprechend erscheint, wenn man bedenkt, daß die Gefahr einer Demoralisation nirgends so sehr zu befürchten ist, als bei Personen, welche der Dürftigkeit anheimgefallen sind, dessen ungeachtet aber immer noch eine Art von Autorität ausüben sollen.

II.

Oberhofgericht.

1) Der §. 14 des I. Constitutionsedicts ist nicht aufgehoben, sondern noch in Wirksamkeit.
2) Die Vorschrift dieses Paragraphen steht aber mit dem Zwecke und Wesen des strafgerichtlichen Verfahrens in gar keinem Zusammenhange.
3) Auch ergibt sich aus dem §. 14 selbst, daß das Gebot der Einladung des Dekans nicht für ein absolut wesentliches Erforderniß der Gültigkeit des Verfahrens angesehen werden soll.
4) Die in der Schlußsanktion des Edikts enthal-

Digitized by Google

tene Androhung der Nichtigkeit ist deßhalb auch nicht auf die Vorschrift des §. 14 zu beziehen.

(Annalen XXI. 298. 360. 405., XXII. 145.)

Der wegen Majestätsbeleidigung zu einer Freiheitsstrafe verurtheilte Pfarrer Franz Schell in Götzingen hat gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 14. Okt. 1856 den Rekurs an das großh. Oberhofgericht ergriffen und zugleich das Verfahren als nichtig angefochten, indem sein Anwalt ausführte:

„Nach §. 14 des Constitutions-Ediktes, die kirchliche Staatsverfassung des Großherzogthums betr., könne die Staatsbehörde, auf welche die kirchliche Strafgerichtsbarkeit übergegangen sei, keinen Kirchendiener zum persönlichen Erscheinen vorladen, ohne eine Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung an die unmittelbare geistliche Aufsichtsbehörde, hier also an den Landdechanten, erlassen zu haben. Es würde in solcher Weise dem Geistlichen, dem unsere Gesetzgebung seine kanonische Gerichtsbarkeit entzogen, die Zusicherung desselben Paragraphen des Constitutionsedicts vereitelt, daß die Aufsichtsbehörde dafür wache, daß nichts dem Ansehen des Amtes oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges beim Untersuchungsverfahren der weltlichen Gerichte unterlaufe.

Die Geistlichkeit, welcher durch dieses Grundgesetz unseres Landes eines ihrer wichtigsten Rechte entzogen worden, könne jedenfalls nur unter den sichernden Formen des Gesetzes von den weltlichen Gerichten inquirirt werden.

Unterbleibe dies, wie es in dem vorliegenden Falle geschehen, so leide das Untersuchungsverfahren an einer unheilbaren Nichtigkeit, welche in der Schlußsanction auf das Feierlichste angedroht werde, und welche dieser hohe Gerichtshof in der Untersuchungssache gegen den geistlichen Rath Schleier wegen Preßvergehens aus gleichem Grunde auch erkannt habe.

Es wurde deßhalb gebeten, die ganze Untersuchung, als an einem unheilbaren Mangel leidend, zu kassiren."

Darauf erwiederte die Vernehmlassung der großherzoglichen Staatsbehörde folgendes:

„Der §. 14 des l. Constitutionsedicts enthalte in seinem Schlußsatze die Vorschrift, daß die weltliche Behörde bei Maasnahme gegen einen Kirchen- und Schuldiener, sogar gegen die in deren Wohnung befindliche Familienglieder und Vermögensstücke eine Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung an die dem Diener unmittelbar vorgesetzte Aufsichtsbehörde ergehehen lasse, damit diese dafür wache, daß nichts dem Ansehen des Amts oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges dabei unterlaufe.

Frage man nun, ob und inwiefern diese Vorschrift auf das gerichtliche Verfahren angewendet werden könne, so müsse der Ansicht der Staatsbehörde nach zwischen der Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde von der betreffenden Maasnahme und zwischen der Einladung dieser Behörde zur Beiwirkung bei der fraglichen Maasregel unterschieden werden. Die Vorschrift, eine Benachrichtigung der gedachten Art im Interesse des Kirchen- und Schuldienstes (damit derselbe etwa gehörig fortversehen oder damit der durch die Ergebnisse einer Untersuchung unwürdig gewordene Diener vom Dienste entfernt werde), zu erlassen, möge heute noch als fortbestehend angesehen werden. Die Bestimmung hingegen, daß eine Miteinladung zur Beiwirkung zu erfolgen habe, müsse als aufgehoben gelten. Die Unterlassung der besprochenen Benachrichtigung könne nun, da sich die letztere ihrem Wesen nach nur auf das Interesse des Dienstes — im Gegensatze zu dem Interesse des Dieners beziehe, niemals die Nichtigkeit des gegen einen Kirchen- und Schuldiener eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens zur Folge haben. Es sei die Anordnung, daß eine Benachrichtigung geschehen solle, keine wesentliche, ja überhaupt keine Vorschrift des **Prozeßverfahrens.**

Wenn vorhin gesagt worden, die Vorschrift der Miteinladung zur Beiwirkung sei als aufgehoben zu betrachten, so werde dieß aus dem Begriffe einer „Beiwirkung" einerseits und der gesammten neuern Gesetzgebung seit der Verfassungsurkunde vom Jahre 1818 und einschließlich derselben andrerseits abzuleiten sein.

Unter Beiwirkung könne dem Wortsinne nach nur eine Thätigkeit die von einer Person gemeinsam mit einer andern Person geübt werde, verstanden werden. Nun benennten aber die neueren Gesetze über das gerichtliche Verfahren — die bürgerliche Prozeßordnung von 1831 und 1851, die Strafprozeßordnung von 1845, das Einführungsgesetz von 1851, das Preßgesetz von demselben Jahre — alle diejenigen Personen, welche zur Verhandlung und Entscheidung einer bürgerlichen Rechtssache, sowie zur Instruktion und Aburtheilung einer Strafsache mitzuwirken hätten, ganz genau, ohne der geistlichen Aufsichtsbehörde für den Fall, daß ein Geistlicher vor Gericht stehe, irgend Erwähnung zu thun. Die gedachten Gesetze

Digitized by Google

wiesen den im gerichtlichen Verfahren in Frage kommenden Personen Rechte und Pflichten zu. Für die Thätigkeit einer von ihnen nicht erwähnten Person, wie hier der geistlichen Aufsichtsbehörde, gäben sie keinen Spielraum.

Wie sollte die Beiwirkung dieser Aufsichtsbehörde praktisch durchgeführt werden?

Hätte die Behörde zu den Verfügungen des Untersuchungsrichters, zu den Entschließungen der urtheilenden Strafgerichte mitzuwirken und in welcher Weise?

Die Bildung eines für Geistliche anderweitig als für andere Staatsbürger besetzten Gerichtes und die Leitung und Erledigung eines Strafprozesses durch ein solches Gericht würde den in den §§. 13. 14. 15. 19 der Verfassungsurkunde anerkannten Grundsätzen der Gleichheit sämmtlicher Staatsbürger vor dem Gesetze widersprechen. Die Verfassungsurkunde sei nun aber eben so gut ein Staatsgrundgesetz, wie das 1. Constitutionsedikt. Sie sei das spätere Grundgesetz und ändere somit das früher bestandene ab. Sie sei es ferner, die in ihren §. 64—66 auch der neueren Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren die Kraft verleihe, Bestimmungen älterer Grundgesetze abzuschaffen.

Aus dem Umstande, daß sich das 1. Constitutionsedikt als ein Grundgesetz darstelle, könne somit gegen die Ansicht der Staatsbehörde nichts abgeleitet werden. Der Rechtssatz, daß das spätere allgemeine Gesetz das frühere specielle nicht aufhebe, könne dieser Ansicht um deßwillen nicht entgegen gehalten werden, weil die im §. 14 enthaltene Ausnahmsbestimmung mit dem Geiste und mit den einzelnen Sätzen der angeführten neueren Gesetze nicht vereinbart werden könne. Es werde auch unbedingt von den Rechtslehrern anerkannt daß dann das ältere specielle Gesetz als durch das neuere allgemeine aufgehoben erachtet werden müsse, wenn beide nicht neben einander bestehen können und wenn sich aus dem späteren Gesetze der Wille des Gesetzgebers, das frühere Gesetz aufzuheben, deutlich ergebe, möge dieser Wille nun ausdrücklich ausgesprochen oder implicite in anderweitigen Dispositionen zu finden sein.

Thibaut, Pandekten 8. Ausgabe 1. §. 41.
Mühlenbruch, Pandekten 1. §. 52.

Im Einklange mit dieser Anschauungsweise werde es z. B. gewiß nicht bezweifelt werden können, daß, wenn in einem Lande privilegirte Gerichtsstände bestanden hätten und nun ein neues Gesetz Gerichte einsetze, die für alle dem Gerichtszwange des Staats unterworfenen Personen Recht zu sprechen hätten, ein Fortbestehen der alten privilegirten Gerichtsstände nicht denkbar sei, möge auch eine ausdrückliche Aufhebung dieser Gerichtsstände nicht stattgefunden haben.

Hätte die Gerichtsverfassung von 1845 in den §. 21 und 59 die befreiten Gerichtsstände nicht ausdrücklich anerkannt, so hätten dieselben, falls die Gerichtsverfassung in das Leben getreten wäre, zweifelsohne als stillschweigend aufgehoben angesehen werden müssen.

Der in der Schlußsanktion des 1. Constitutionsedikts enthaltenen Androhung einer „ewigen und unverjährbaren Nichtigkeit" könne, wenn diese Androhung überhaupt auf die hier in Frage stehende Bestimmung des §. 14 angewendet werden wolle, um deßwillen keine besondere Bedeutung beigelegt werden, weil es dem Gesetzgeber sicherlich freigestanden, unerachtet gedachter Androhung von den Bestimmungen, welche dadurch gesichert werden sollten, abzugehen.

Ueberdies danne die damalige Strafprozeßgesetzgebung (§. 115 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851) gerade für die wichtigsten Fälle die Nichtigkeitsbeschwerde in ganz enge Zeitgränzen und lasse damit einer zu allen Zeiten geltend zu machenden Nichtigkeit keinen Spielraum.

Schließlich berief sich die großh. Staatsbehörde auf den §. 6 der höchsten Verordnung vom 30. Januar 1830 (Reg.-Bl. No. III.) und auf die im Eingange citirten Stellen dieser Zeitschrift mit dem Antrage auf Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils, welche denn auch am 6. März l. J. erfolgt ist.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Recurrent bat zunächst auf den Grund des §. 14 und der Schlußsanktion des 1. Constitutionsedikts eine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, weil der Dekan nicht zu der Untersuchung beigezogen worden ist; allein diese Beschwerde ist nicht begründet.

Der §. 14 gibt als Grund und Zweck der Einladung des Dekans ausdrücklich an, daß derselbe darüber wache, damit nichts dem Ansehen des Amtes und dem Interesse der Kirche Nachtheiliges unterlaufe. Er läßt ferner für dringende Fälle Ausnahmen zu und stellt dabei dem richterlichen Ermessen anheim, wann die Unverschieblichkeit als vorhanden zu betrachten sei, was namentlich bei der

Digitized by Google

Nothwendigkeit einer Verhaftung faſt immer der Fall ſein wird.

Hiernach ſteht jene Vorſchrift mit dem Zwecke und den Erforderniſſen des ſtrafgerichtlichen Verfahrens in gar keinem Zuſammenhange. Der Dekan hat überall nicht das Intereſſe des angeſchuldigten Geiſtlichen, gegenüber der ihn verfolgenden Strafgewalt zu vertreten und zu vertheidigen und noch weniger gerichtsamtliche Funktionen für oder gegen den Angeſchuldigten bei der Unterſuchung auszuüben. Ebenſowenig kann der Dekan etwas verhindern, was die Strafgeſetze zu thun gebieten, ſondern nur dagegen kann er Einſprache erheben, daß etwas geſchieht, was einerſeits durch die Strafgeſetze nicht geboten und andererſeits dem Amte oder der Kirche nachtheilig iſt.

Von dem Standpunkte der Erforderniſſe eines ſtrafgerichtlichen Verfahrens, wie ſolche aus den Geſetzen und aus dem Zwecke jenes Verfahrens zum Schutze eines Angeſchuldigten folgen, kann alſo jene Vorſchrift durchaus nicht als ein weſentliches Erforderniß des Verfahrens angeſehen werden, ſondern es kommt nur darauf an, ob jene Vorſchrift durch ausdrückliche Beſtimmungen als ein ſolch poſitiv weſentliches Erforderniß im Intereſſe der Kirche aufgeſtellt worden iſt, daß die Unterlaſſung des Gebotenen die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens im kirchlichen Intereſſe zur Folge haben muß und zwar mit der Wirkung, daß ſelbſt der Angeſchuldigte, obwohl er unweigerlich erſchienen iſt und auch nicht anzugeben vermag, daß und was dem Anſehen des Amtes und dem Intereſſe der Kirche Nachtheiliges unterlaufen ſei, blos deßwegen die Nichtigkeit ſoll geltend machen dürfen, weil möglicher Weiſe etwas derartiges hätte unterlaufen können.

Daß geeignete Mittel beſtehen müſſen, um dem §. 14 Geltung zu verſchaffen, wo er nicht beachtet wird, verſteht ſich von ſelbſt, und es iſt auch gar nicht zweifelhaft, daß ſolche Mittel durch die Rüge dieſes Mangels, durch Ablehnen des Erſcheinens, ſowie durch die Beſchwerdeführung nach §. 296 der Str.Pr.O als wirkſame Schutzmittel zur Handhabung des §. 14 gegeben ſind.

Daß aber dann, wenn der Gebrauch dieſer Schutzmittel unterlaſſen worden iſt, der Angeſchuldigte noch zur Aufſtellung einer Nichtigkeitsbeſchwerde berechtigt ſein ſoll, die keinen anderen Zweck mehr haben kann, als den Ergebniſſen des gerichtlichen Verfahrens auszuweichen, weil dasjenige, was etwa dem Amt oder der Kirche Nachtheiliges unterlaufen, dadurch nicht mehr ungeſchehen gemacht werden könnte, dies wäre eine Beſtimmung, die nicht nur mit den allgemeinen Grundſätzen über die Nichtigkeit eines gerichtlichen Verfahrens und mit dem Intereſſe der Strafrechtspflege, ſondern auch mit den Intereſſen der Kirche ſelbſt im Widerſpruch ſtünde.

Es ergibt ſich indeſſen ſchon aus dem §. 14 ſelbſt, daß der Geſetzgeber das Gebot der Einladung des Dekans nicht als ein abſolut weſentliches Erforderniß der Gültigkeit des Verfahrens angeſehen wiſſen wollte, indem er Ausnahmen für die Beobachtung deſſelben zuließ und ſolche dem richterlichen Ermeſſen anheimſtellte; denn hiermit läßt ſich der Charakter der Weſentlichkeit einer Form nicht vereinigen, indem ein abſolut weſentliches Erforderniß ſtets eingehalten werden muß, und nur weſentliche Formen können im Falle der Nichtachtung die Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge haben.

Eben dadurch iſt ferner zu erkennen gegeben, daß die Androhung der Nichtigkeit in der Schußſanction des Edikts nicht auf eine Beſtimmung bezogen werden kann, deren Beachtung oder Nichtbeachtung an zufällige Umſtände und an das richterliche Ermeſſen geknüpft iſt.

Ueberhaupt aber trägt jene Androhung — ſo allgemein ſie auch zu lauten ſcheint — durch den Verſuch ihrer Anwendung auf alle einzelnen Vorſchriften des Edikts den Beweis ſelbſt in ſich, daß ſie nicht für alle einzelnen Vorſchriften gegeben ſein kann, indem ihre Ausführung in vielen Beziehungen eine Unmöglichkeit und ohne allen Sinn wäre. Man iſt deßhalb genöthigt, jene Androhung auf denjenigen Kreis der Beſtimmungen des Edikts zurückzuführen, welche nach dem Zwecke des Edikts als die Hauptgrundſätze erſcheinen, und bei welchen der Begriff der Nichtigkeit überhaupt Anwendung leidet, was bei Feſtſetzung der wechſelſeitigen Grenzen der Gewalt und der Rechte und Pflichten, namentlich für Uebergriffe der einen Gewalt in die andere gilt, nicht aber für blos vorbeugende Maßregeln.

Daß dieſes wirklich die Meinung der Schlußſanction war, läßt ſich auch daraus entnehmen, daß dieſelbe nach ihren Worten die Grundzüge und Grundſätze des regulirten Verhältniſſes vor Augen hat.

Hiernach kann die erhobene Nichtigkeitsbeſchwerde nicht als gerechtfertigt angeſehen werden. —

Der übrige Inhalt der Entſcheidungsgründe befaßt ſich mit der Hauptſache, welche hier bei Seite bleibt.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 14.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung der Aufsätze in No. 9. 11 und 12.)

Des II. Buchs III. Titel „Von der stillen Handelsgesellschaft" behandelt in zwei Abschnitten diese Handelsgesellschaft im Allgemeinen, und eine besondere Art derselben.

Einige wichtige Bestimmungen des ersten Abschnitts, nemlich jene über die jährliche Gewinnvertheilung wurden in dem vorhergehenden Aufsatze erwähnt, und hierüber ist nur noch beizufügen daß nach Art. 153 Abs. 2 die Einlagen der stillen Gesellschafter nur insofern verzinst werden dürfen, als der auf sie fallende Gewinn dazu hinreicht. Es ist dieß eine zum Schutze des Publikums höchst zweckmäßige Beschränkung, damit nicht die Mittel der Gesellschaft durch Auszahlung von Erträgnissen erschöpft werden, während solche in Wahrheit nicht vorhanden sind.

Ueber die Errichtung der Gesellschaft gelten die gleichen Vorschriften, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, nur ist es nicht nöthig, die Namen der stillen Gesellschafter in dem Eintrage in das Handelsregister anzugeben, dagegen muß der Betrag ihrer Einlagen darin vorkommen.

Sind mehrere verantwortliche Gesellschafter betheiligt, so ist in Ansehung dieser zugleich eine offene Gesellschaft vorhanden. Dieß sowie die sammtverbindliche Haftbarkeit des oder der verantwortlichen Gesellschafter, und die auf seine Einlage beschränkte Verpflichtung des stillen Gesellschafters entspricht dem badischen und französischen H.G.B. Art. 23. 24. 26.

Sehr grell lautet die Bestimmung in Abs. 1 von Art. 153, daß während des Bestehens der Gesellschaft die Einlagen der stillen Gesellschafter weder ganz noch theilweise zurückgezahlt werden dürfen, denn nach Art. 154 hat der Tod und der Eintritt der Rechtsunfähigkeit des stillen Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge, also dürften selbst in dessen Gant seine Gläubiger nicht auf die Einlage greifen, allein Art. 939 des Entwurfs gibt doch wenigstens den Gantgläubigern ein Recht auf das, was nach Abzug der Gesellschaftsschulden übrig bleibt, was freilich immer noch eine aus dem von mir bekämpften Prinzipe folgende übermäßige Bevorzugung der Gesellschaft enthält. Auch aus den Motiven zu Art. 153 ist in anderer Beziehung eine mildere Auffassung von dessen Inhalt zu entnehmen, welche freilich mit seinen Worten schwer vereinbar ist.

Das Verbot des badischen und französischen H.G.B. Art. 25. 27. 28 über die Aufnahme des Namens eines stillen Gesellschafters in die Firma und dessen thätige Theilnahme an dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft ist auch in den preußischen Entwurf übergegangen, doch mit zweckmäßiger Beschränkung.

Der Name des aus der offenen Gesellschaft ausgetretenen Gesellschafters darf nemlich in der Firma beibehalten werden, wenn er stiller Gesellschafter wird, wie dieß auch holländisches H.G.B. Art. 30 gestattet.

Ferner ist dem stillen Gesellschafter nach der schon von Brauer Bd. IV. S. 387 aufgestellten richtigen Ansicht erlaubt, an den Berathungen und an der inneren Verwaltung der Gesellschaft Theil zu nehmen. Damit verschwinden auch die von Fremery S. 58 ff. erhobenen Anstände gegen jenes Verbot, welches an sich gewiß gerechtfertigt ist, da der stille Gesellschafter nur mit seiner Einlage haftet und daher leicht zu allzu gewagten Spekulationen geneigt sein wird. Brauer Bd. IV. S. 386. Z. 6.

Im Uebrigen sind auch hier die Bestimmungen über offene Gesellschaften für anwendbar erklärt (Art. 155 des

Digitized by Google

Entwurfs), woraus z. B. für die Vertretung der Gesellschaft folgt, daß dieselbe nur dem verantwortlichen Gesellschafter zusteht, und daß, wenn deren Mehrere sind, Jeder die gleiche Gewalt hat, sofern nicht eine in das Handelsregister eingetragene Beschränkung entgegensteht. Natürlich darf übrigens der stille Gesellschafter an anderen Handelsunternehmungen für eigene Rechnung Theil nehmen.

Im zweiten Abschnitte „Von der stillen Handelsgesellschaft auf Aktien insbesondere" hat sich der Entwurf für die Zulässigkeit dieser Gesellschaftsform erklärt, nachdem schon in Art. 22 Abs. 3 im I. Buche diese Ansicht angedeutet worden war. Bekannt sind die großen Mißbräuche, welche mit solchen Gesellschaften getrieben worden sind, indem irgend ein vermögensloser Schwindler als verantwortlicher Gesellschafter auftritt, durch allerlei Vorspiegelungen sich Aktionäre verschafft, und, weil weder Staatsgenehmigung noch Staatsaufsicht erforderlich ist, seine Opfer leicht um ihre Einlagen prellen kann, und ihnen sowie den Gläubigern der Gesellschaft das leere Nachsehen übrig läßt. Diese Gefahr ist um so größer, wenn man mit der, übrigens von Pardessus, C. d. d. comm. Bd. IV. No. 1033 bekämpften Praxis den Art. 38 des badischen und französischen H.G.B. so auslegt, daß die Aktien auf jeden Inhaber gestellt sein dürfen. — Broicher und Grimm Note 3 zu Art. 38. — Daher hat der Entwurf vom Jahre 1849 Tit. III. Art. 70 dieß verboten, wie auch der preußische Entwurf Art. 156 thut. Allein Brinckmann, Handelsrecht, S. 209. Note 13 erklärt dieß mit Recht für ganz ungenügend, wie sich für den preußischen Entwurf schon daraus ergibt, daß nach dessen Art. 171. 229. 231 das Blanko-Indossament für solche Aktien gestattet ist, und dieselben so an leichter Uebertragbarkeit den Papieren auf jeden Inhaber so ziemlich gleichstehen.

Diese Bedenken sowie die Besorgniß, daß in Folge der Zulässigkeit einer stillen Gesellschaft auf Aktien die Bestimmungen über Aktiengesellschaften leicht umgangen werden können, sind in den Motiven zu dem preußischen Entwurfe nicht verkannt, allein man sucht sie damit zu entkräften, daß alle jene Gefahren durch geeignete Schutzvorschriften beseitigt werden können. Ob dieß möglich ist, kann erst die Erfahrung lehren, und so lang man nicht die stillen Gesellschaften auf Aktien gleich den wirklichen Aktiengesellschaften an Staatsgenehmigung und Staatsaufsicht bindet, kurz sie diesen ganz gleichstellt, scheint mir wenigstens, daß die Schattenseiten den Nutzen weit überwiegen.

Geht man aber in der gesetzlichen Beschränkung so weit, dann ist nicht einzusehen, weßhalb man diese besondere Gesellschaftsform beibehalten will und nicht lieber sie ganz in die Lehre von der Aktiengesellschaft verweist.

Wahrscheinlich wird sich auch in der Anwendung zeigen, daß durch die Vorsichtsmaßregeln des preußischen Entwurfs die stille Gesellschaft auf Aktien so schwerfällig wird, daß es besser wäre, sie überhaupt aufzugeben.

Was nun diese Vorsichtsmaßregeln betrifft, so haben sie ihren Schwerpunkt darin, daß außer den allgemeinen Vorschriften über die Errichtung auch noch die Abfassung des Gesellschaftsvertrags in öffentlicher Urkunde geboten ist (Art. 158), daß nothwendig ein mit ausgedehnten Vollmachten ausgerüsteter, persönlich verantwortlicher Verwaltungsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der stillen Gesellschafter ernannt werden muß (Art. 158. 164. 165. 166. 167. 168. 177), daß die Aktien auf mindestens 200 Thaler lauten sollen, und daß die Zeichnung des ganzen Kapitals sowie die Aufstellung des von den stillen Gesellschaftern gewählten Verwaltungsraths vor dem Eintritte der Gültigkeit der Gesellschaft nothwendig ist, ferner daß der Zeichner der Aktie für deren Betrag unbedingt haftet, sowie daß endlich die Gründer der Gesellschaft in der Möglichkeit, sich besondere Vortheile auszubedingen, beschränkt werden. (Art. 159.)

Das Weitere ist theils Wiederholung, theils Schärfung der für die stille Gesellschaft überhaupt geltenden Grundsätze.

Titel IV. **„Von Aktiengesellschaften"** gibt zunächst im I. Abschnitt einige allgemeine Grundsätze, worin Aktien auf jeden Inhaber gestattet, Scheindividenden verboten, Abänderung des Gegenstandes der Gesellschaft beschränkt werden. (Art. 178—180.) Bedenklich scheint mir dabei nur, daß ausnahmsweise erlaubt wird, den Aktionären für die Zeit, welche von Gründung bis zum Beginne des wirklichen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft verläuft, Zinsen von bestimmter Höhe zu bedingen. Da nemlich möglicher Weise kein Gewinn erzielt wird, so müssen solche Zinsen das Gesellschaftskapital vermindern, und überdies kann diese Erlaubniß zu Täuschungen mißbraucht werden. Obwohl der Entwurf vom Jahre 1849 Tit. III. Art. 92 dieselbe Bestimmung enthält, und obwohl es in den dortigen und in den preußischen Motiven als zweckmäßig empfohlen wird, um minder Bemittelten die

Digitized by Google

Betheiligung an Aktiengesellschaften, und so deren Gründung selbst zu erleichtern, so glaube ich doch, daß Art. 49 des holländischen H.G.B. mit Recht diese Ausnahme nicht erwähnt, zumal sich den obigen Gründen noch der beifügen läßt, daß es überhaupt nicht wünschenswerth ist, die unbemittelte Klasse in den Bereich der oft gewagten, stets ungewissen, und häufig schwindelhaften Handelsspekulationen hereinzuziehen.

Der II. Abschnitt „Von der Errichtung der Aktiengesellschaft" dürfte die Hauptsache in diesem ganzen Titel sein, denn es ist die Grundlage, auf welcher sich der Bau erhebt, und hier gilt es, auf der einen Seite das Publikum gegen Schwindeleien, die Aktionäre gegen Uebervortheilung, und die Gläubiger der Gesellschaft gegen Gefährde sicher zu stellen, auf der andern Seite aber auch die Grenzen nicht zu eng zu ziehen, damit nicht das in der Gegenwart hochwichtige Institut verkümmere.

Daher ist es sehr zu billigen, daß die landesherrliche Genehmigung an der Spitze der gesetzlichen Erfordernisse steht, aber es genügt dies nicht, denn es lassen sich nach manchen Erfahrungen aus alter und neuer Zeit Verhältnisse denken, in welchen es nothwendig erscheint, die Ertheilung der Staatsgenehmigung von bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen. Dazu empfiehlt sich nun die Bestimmung in Art. 50 und 51 des holländischen H.G.B. daß nemlich die Staatsgenehmigung erst dann erfolgen darf, wenn von den ersten Gesellschaftern ein Fünftel des Gesellschaftskapitals gedeckt ist, und daß die Gesellschaft erst dann beginnen darf, wenn mindestens 10 pCt. dieses Kapitals eingezahlt worden sind.

Der Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt gewisse wichtige Umstände regeln muß (Art. 182), bedarf der Abfassung in öffentlicher Urkunde und des Eintrags in das Handelsregister, widrigenfalls sowie bei dem Mangel der Staatsgenehmigung alle für die Gesellschaft Handelnden sammtverbindlich haften. (Art. 181.)

Die Befugniß einzelner Gesellschafter, sich besondere Vortheile zu bedingen, ist hier noch mehr beschränkt. (Art. 183.) Landesherrliche Genehmigung, öffentliche Beurkundung und Eintrag in das Handelsregister sind auch für Fortsetzung der nur auf bestimmte Zeitdauer zulässigen Gesellschaft, sowie für Auflösung und Abänderung des Gesellschaftsvertrags nothwendig. (Art. 184.)

Aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls kann die Staatsregierung gegen vollen Ersatz von Schaden und Gewinn ihre Genehmigung zurückziehen, und im Falle eines groben Mißbrauchs kann durch Urtheil des ordentlichen Richters (d. h. nicht des Handelsgerichts) die Auflösung ohne Entschädigung ausgesprochen werden. (Art. 185. 186.)

Die drei letzten Bestimmungen und der nachher zu erwähnende Art. 199 gehören offenbar nicht hierher, sondern in den V. Abschnitt „Von der Auflösung der Gesellschaft" wie sie denn dort auch allegirt werden mußten.

In wiefern der Entwurf die richtige Mitte zwischen zu großer Aengstlichkeit und zu großer Nachsicht gefunden hat, ist freilich eine außerordentlich schwierige Frage, deren Lösung erst die Zukunft bringen kann, doch kann ich die Ansicht derer nicht theilen, welche in jeder Schutz Vorschrift eine unnöthige und schädliche Bevormundung erblicken, denn ist bei irgend einem Gegenstand der Gesetzgebung Vorsicht nothwendig, so ist dies hier der Fall, da warnende Beispiele genug dafür vorhanden sind, welch unermeßliche Uebel die gepriesene Freiheit der Spekulation in ihrem Gefolge hat, wie z. B. bei den hierher zu rechnenden s. g. Geldkrisen in Nordamerika. Allein darin scheint mir allerdings der Entwurf zu weit zu gehen, daß er einen groben Mißbrauch ganz allgemein als Grund zur Auflösung annimmt, denn es ist dieß ein gar dehnbarer Begriff, welchen selbst die preußischen Motive nicht einmal erläutern. Den Gerichten wird es schwer fallen, ohne alle gesetzliche Anleitung zu bestimmen, was ein grober Mißbrauch ist, und so gewährt die Verweisung vor die Gerichte keinen hinreichenden Schutz, während oft eine solche Auflösung über Viele schweres Unglück verhängen kann. Sollen Handlungen des Vorstandes der Gesellschaft dazu genügen? Das holländische H.G.B. Art 37 Abs. 3 verneint dieß ausdrücklich. Wie lassen sich aber außer den seltenen Fällen der Beschlüsse von Generalversammlungen Handlungen der Gesellschaft selbst denken? Man sieht, es sind der Zweifel viele.

Ein Mangel scheint es mir zu sein, daß nicht hier, wo der Ort dazu wäre, das Verhältniß der Gründer der Aktiengesellschaft zu den Aktienzeichnern geordnet ist. Der wirklichen Bildung einer solchen Gesellschaft, von welcher allein Art. 181 ff. sprechen, geht meistens eine öffentliche Einladung zur Betheiligung voraus, worin die Vortheile in den lebhaftesten Farben geschildert und die Pläne des Unternehmens dargelegt werden. Ist nun auch durch den Art. 183 des Entwurfs dafür gesorgt, daß im

Digitized by Google

Falle des Zustandekommens der Gesellschaft die Gründer keinen übermäßigen Nutzen beziehen, so ist doch über die Verpflichtung der Gründer gegenüber den Betheiligten in diesem und im Falle des Scheiterns der Pläne nichts gesagt, und so kommen noch viele Fragen vor, welche sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer beantworten lassen. (Brinckmann, Handelsrecht S. 240 ff. 245.) Um zu verhindern, daß nicht die Einladung zur Bildung einer Aktiengesellschaft als Mittel dient, um zum Besten von Prellern oder Projektenmachern dem Publikum die s. g. kleinen Beiträge zu den ersten Kosten abzulocken, sollte man solche öffentliche Aufforderungen nur gestatten, wenn polizeiliche Genehmigung dazu eingeholt worden ist.

Im III. Abschnitt „Von dem Rechtsverhältniß der Aktionäre" waren Rechte und Pflichten der Aktionäre festzusetzen, allein die Rechte sind Sache des Vertrages im einzelnen Falle, weßhalb der Entwurf darüber nur eine Bestimmung in Art. 192 hat, daß nemlich auf schriftlichen Antrag einer Anzahl von Aktionären, deren Aktien zusammen den 10. Theil des Grundkapitals darstellen, eine Generalversammlung abgehalten werden muß, und daß darin jede Aktie eine Stimme gewährt, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt.

Eine Hauptpflicht des Aktionärs ist, den Betrag seiner Aktie rechtzeitig einzuzahlen, widrigenfalls er Verzugszinsen oder Conventionalstrafe bezahlen muß, und sofern dieß im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, seiner Rechte verlustig erklärt werden kann. (Art. 187.) Hier entsteht nun die Frage, ob ein solcher Ausschluß den Aktionär von den Verbindlichkeiten befreit, welche er als Zeichner von Aktien übernommen hat? Hierüber sagt der nur von Aktien auf jeden Inhaber sprechende Art. 190 Ziff. 2, daß der Zeichner der Aktie, obwohl er seine Rechte aus der Zeichnung und seine geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verliert, demungeachtet zur Einzahlung der 40 pCt. des Nominalbetrags der von ihm gezeichneten Aktien verpflichtet bleibt. Dagegen ist weder in dem von den Aktien auf bestimmte Inhaber handelnden Art. 191, noch an einer andern Stelle bestimmt, daß bezüglich solcher Aktien das Gleiche gelten solle, weßhalb nach bekannten Auslegungsregeln für Aktien auf bestimmte Inhaber angenommen werden müßte, daß der Ausschluß von den Rechten auch die Befreiung von den Pflichten zur Folge habe.

Dieß widerstreitet jedoch nach den Motiven zu Art. 190 Ziff. 2 der Absicht des Entwurfs und wäre nicht nur eine unerklärliche Verschiedenheit zwischen diesen beiden Arten von Aktien, sondern wäre auch bedenklich, weil es die Interessen der Gesellschaft und noch mehr der Dritten gefährden würde. Es scheint mir daher eine Ergänzung des Entwurfs nothwendig, und nach der Rechtsähnlichkeit von Art. 173 und 191 dürfte es sich rechtfertigen, daß bei Aktien auf bestimmte Inhaber der Zeichner auch im Falle des Ausschlusses nicht nur für 40 pCt. gegenüber der Gesellschaft, sondern auch subsidiarisch Dritten gegenüber für das Ganze haftet.

Mehr als den Betrag der Aktien hat kein Aktionär zu zahlen, kann aber auch diese Summe nur im Falle der Auflösung der Gesellschaft zurückfordern, und ist anderer Seits zur Rückgabe der in gutem Glauben bezogenen Zinsen und Dividenden nicht verbunden. (Art. 188. 189.) Im Falle der Veräußerung haftet bei Aktien auf jeden Inhaber der Zeichner für die Einzahlung von 40 pCt., bei Aktien auf bestimmte Inhaber dagegen für das Ganze, wenn ihn nicht die Gesellschaft frei läßt, in welchem Falle aber der Zeichner dennoch Dritten gegenüber ein Jahr lang verpflichtet bleibt. (Art. 190. 191.)

Zur Verhütung von Börsen-Schwindeleien ist mit Recht verboten, daß vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrags Aktien auf jeden Inhaber, und daß auf jeden Inhaber lautende Bescheinigungen über Theilzahlungen (s. g. Promessen oder Interimsscheine) ausgestellt werden.

Der III. Abschnitt „Von dem Vorstande" handelt sowohl von den eigentlichen Vorstehern als von den Beamten der Gesellschaft. Der Vorstand vertritt die Gesellschaft in allen Beziehungen, namentlich auch vor Gericht, z. B. bei Eidesleistungen, er muß den Aktionären jährlich eine Bilanz vorlegen, haftet natürlich nur für Pflichtwidrigkeiten und Auftragsüberschreitungen persönlich, dann aber auch sammtverbindlich, wenn er duldet, daß durch Zahlung von Dividenden und Zinsen das Grundkapital rechtswidrig verkleinert wird. (Art. 193. 194. 195. 196. 199.) Während im Uebrigen der französische und badische H.G.B. Art. 31 beibehalten ist, weicht der Entwurf darin von demselben ab, daß nur die Widerruflichkeit der Anstellung der Vorsteher und nicht auch deren Ernennung auf eine bestimmte Zeitdauer vorgeschrieben ist, weil, wie die Motive mit Recht sagen, die unbedingte Wiederruflichkeit für die Gesellschaft hinreichenden Schutz gewährt, und jene weitere Beschränkung leicht ein Hinderniß sein könnte, wenn es gilt, tüchtige

Digitized by Google

Männer zu gewinnen, welche häufig lebenslängliche Anstellung begehren werden.

In wie weit im Falle des Widerrufs die Gesellschaft dem Betreffenden zu Entschädigung verpflichtet ist, richtet sich natürlich nach dem Dienstvertrage, wie dieß bezüglich des Faktors in Art. 48 ausdrücklich gesagt ist.

Daß die Vertretung der Gesellschaft in Beziehung auf die Geschäftsführung einzelnen Beamten zugewiesen werden kann, ist zweckmäßig und müssen solche Beamte, sowie die Vorstandsmitglieder öffentlich, d. h. nach Art. 182 Ziff. 11 durch die im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeitungen, bekannt gemacht werden. (Art. 193.) Sofern diese Beamten, wie häufig vorkommt, wirkliche Faktoren sind, genügt aber jene Art von Bekanntmachung nicht immer, indem dann eine Beschränkung der Prokura nach Art. 39 ff. zu ihrer Gültigkeit gegen Dritte auch des Eintrags in das Handelsregister bedarf; auch die andern Vorschriften über Faktoren kommen in einem solchen Falle zur Anwendung, weßhalb der Entwurf zur Beseitigung von Zweifeln im 3. Abs. des Art. 193 anders zu fassen wäre.

Das holländische H.G.B. Art. 47 gebietet, daß im Falle eine Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte eintritt, dieß von den Vorstehern öffentlich bekannt zu machen ist, und daß, wenn diese Verminderung auf 75 pCt. steigt, die Gesellschaft von Rechtswegen aufgelöst ist, sofort die Vorsteher jeden Geschäftsbetrieb einzustellen haben, und für Zuwiderhandlungen persönlich und sammtverbindlich haften, sofern ihnen die Verminderung bekannt war oder bekannt sein sollte. Diese Bestimmungen hat der Entwurf vom Jahre 1849 Tit. III. Art. 102. 103 angenommen, wogegen das preußische Aktiengesetz vom 9. Nov. 1849 in §. 25 verordnet, daß die Verminderung des Grundkapitals um die Hälfte öffentlich bekannt zu machen ist, und der Regierung das Recht gibt, die Gesellschaft aufzulösen.

Dieß wird in den Motiven des Entwurfs vom Jahr 1849 damit bekämpft, daß hier wesentlich Privatinteressen in Betracht kommen, und deßhalb die Intervention einer Verwaltungsbehörde nicht statthaft sei. Unser Entwurf beharrt aber in Art. 198 auf dem Systeme jenes preußischen Gesetzes, und sucht dieß in den Motiven damit zu rechtfertigen, daß die Erschütterung der Hauptgrundlage der Aktiengesellschaften auch auf das Gemeinwohl von nachtheiligem Einfluß sei. Dieß scheint mir nun allerdings richtig zu sein, und es läßt sich dafür noch anführen, daß ebensogut als anerkannter Maßen zur Errichtung von Aktiengesellschaften die Staatsgenehmigung erforderlich ist, das Recht des Staates, in dringenden Fällen seine Genehmigung zurückzuziehen, begründet sein muß. Allein ich glaube, daß aus denselben Gründen, welche nach meiner oben geäußerten Ansicht nothwendig machen, in dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche die Ertheilung der Staatsgenehmigung an gewisse Voraussetzungen zu binden, auch die Auflösung einer Aktiengesellschaft im Falle der Verminderung des Grundkapitals nicht lediglich in das Ermessen der Verwaltungsbehörden gestellt werden darf.

Zum Schutze der Aktionäre und der Dritten scheint mir daher dringend geboten, daß die Verminderung des Grundkapitals um 75 pCt. von Rechtswegen die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, und daß nur bei einer Verminderung um 50 pCt. diese Auflösung von der Entscheidung der Verwaltungsbehörden abhängt, weßhalb meines Erachtens beide Systeme mit und neben einander in das Gesetz aufzunehmen wären.

Schließlich ist bezüglich dieses Abschnittes zu erwähnen, daß nach Art. 197 und seinen Motiven über die Befugniß des Staates, den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaften zu überwachen, deßhalb keine Bestimmung gegeben wurde, weil sich wegen der Verschiedenheit der Fälle hierüber keine allgemeine Regeln aufstellen lassen, und weil die Regierung bei Ertheilung der Genehmigung die geeigneten Vorbehalte machen kann. Daher ist nur vorgeschrieben, daß der Bezirks-Regierung in den vier ersten Monaten jedes Geschäftsjahres die Bilanz mitgetheilt werden muß, und im Falle der Unterlassung, diese Behörde Einsicht von den Büchern der Gesellschaft zu nehmen hat.

Da staatliche Einmischung in den Handelsbetrieb nicht zweckmäßig ist, so könnte man die Richtigkeit der letzteren Vorschrift bezweifeln, soweit sie nicht mit dem eben besprochenen Auflösungsrecht im Zusammenhange steht, und jedenfalls ist es sehr zu billigen, daß keine weitergehende Vorschriften über diesen Punkt im Entwurfe stehen.

Im V. Abschnitt „Von der Auflösung der Gesellschaft" sind zunächst die einzelnen Arten der Auflösung festgesetzt, nemlich die bereits besprochenen und außer diesen nur noch der Zeitablauf und die Eröffnung der Gant. Letztere muß bei Aktiengesellschaften natürlich anerkannt werden, wenn man ihnen auch nicht die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit einräumt.

Digitized by Google

Die Auflösung soll mit Ausnahme eines Falles nicht, wie bei den anderen Gesellschaften, in das Handelsregister eingetragen werden, sondern statt dessen ist dreimalige Bekanntmachung in öffentlichen Blättern, Ediktalladung der unbekannten und besondere Aufforderung der bekannten Gläubiger vorgeschrieben (Art 201. 203.)

Schon die Consequenz scheint mir jedoch zu fordern, daß gleich wie das Entstehen, so auch das Aufhören der Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird, und es ist dieß auch sicherer, als die Verkündung durch Zeitungen, welche nicht Jedermann zugänglich sind, und welche auch keinen bleibenden Akt bilden. So ist bereits in Art. 184 für eine Auflösungsart, nemlich jene durch Beschluß der Generalversammlung, dieser Eintrag vorgeschrieben, was man nach meiner Ansicht verallgemeinern sollte, ohne jedoch deßhalb die ganz zweckmäßige Aufforderung der Gläubiger durch öffentliche und besondere Aufforderung wegzulassen.

Sofern nicht öffentlich bekannt gemachte Liquidatoren von den Aktionären aufgestellt worden sind, wird die Auseinandersetzung von den Vorstehern besorgt, und diese selbst muß bei Vermeiden persönlicher und sammtverbindlicher Haftbarkeit der Vorsteher oder Liquidatoren in der Art geschehen, daß zuerst die Gläubiger befriedigt werden, und die verhältnißmäßige Vertheilung des hiernach vorhandenen reinen Vermögens unter die Aktionäre so lang verschoben wird, bis mindestens ein Jahr seit der letzten öffentlichen, beziehungsweise besonderen Aufforderung verflossen ist. (Art. 202. 203.)

Häufig kommt es vor, daß, wenn eine Aktiengesellschaft schlecht steht, zu einer s. g. Fusion geschritten wird, indem sich eine neue Aktiengesellschaft bildet, die Aktiven und Passiven der damit aufgelösten alten Gesellschaft übernimmt, und deren Aktionären als Kaufpreis eine bestimmte Zahl der neuen Aktien überläßt. So geschah es z. B. vor einigen Jahren mit der Karlsruher Maschinenbau-Gesellschaft. Eine andere Art der Fusion ist die, wenn, wie gerade jetzt die viel besprochene Fusion der Schweizerischen Eisenbahn-Gesellschaften zeigt, zwei oder mehrere bestehende Aktiengesellschaften sich zu einer einzigen vereinigen. Dabei sind die Gläubiger wesentlich betheiligt, da ihnen ohne ihre Einwilligung ein neuer Schuldner zugewiesen wird, ohne daß sie, weil eine aufgelöste Aktiengesellschaft ganz verschwindet, das Sicherungsmittel des allgemeinen bürgerlichen Rechts hätten, sich an den alten und den neuen Schuldner zugleich halten zu können. (L.R.S. 1275.) Wie es deßhalb nothwendig ist, die Gläubiger gegen Benachtheiligung zu schützen, so darf das Gesetz die Fusion auch nicht zu sehr beschränken, da sie häufig großen Nutzen gewährt, und oft das Mittel ist, durch Zuführung neuer Kräfte ein wichtiges Etablissement zu erhalten und so auch das Beste der Gläubiger zu fördern, wozu die gegenwärtige Blüthe jener Karlsruher Gesellschaft den klarsten Beleg liefert.

Für die Rechte der dabei nämlich gleichfalls wesentlich betheiligten Aktionäre hat der Entwurf durch die Vorschrift des Art. 180 hinreichend gesorgt, daß nemlich zu einer solchen Vereinigung Stimmeneinheit erforderlich ist, wenn nicht der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt. Zur Sicherung der Aktionäre und der Gläubiger dient es, daß nach Art. 184 auch eine Fusion der landesherrlichen Genehmigung, der öffentlichen Beurkundung und des Eintrags in das Handelsregister bedarf.

Um das Interesse der Gläubiger zu wahren, wählt der Entwurf in Art. 205 den Weg, daß zum Zwecke der Erleichterung der Vereinigung von dem Gebote einer Liquidation der aufgelösten Gesellschaft Umgang genommen, dagegen aber verordnet wird, es dürfe bei Vermeiden sammtverbindlicher Haftbarkeit des Vorstandes der vereinigten Gesellschaft das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft und jenes der neuen nicht eher mit einander vereinigt werden, als bis das Liquidationsverfahren stattgefunden hat und die Jahresfrist von Erlassung der letzten öffentlichen und besonderen Aufforderung an die Gläubiger abgelaufen ist.

Damit ist nun lediglich eine kurze Verschiebung der Liquidation gestattet, denn auf längere Zeit hinaus ist die getrennte Verwaltung des Vermögens der beiden Gesellschaften unmöglich, und dieß scheint mir von dem obigen Gesichtspunkt aus nicht gerechtfertigt, weil ein solch öffentliches Verfahren eine große Last und eine Gefährdung des Lebens der neuen Gesellschaft bildet, und mithin manche Fusion verhindert werden wird, wenn in deren Folge jedes Mal, sei es früher oder später, eine Liquidation eintreten muß. Ueberdieß läßt sich sehr bezweifeln, ob ungeachtet der, ohnehin häufig keinen großen Werth habenden, persönlichen Verantwortlichkeit der Vorsteher eine getrennte Vermögensverwaltung durchgeführt werden kann. Meines Erachtens wären die Gläubiger mehr gesichert und die Vereinigung weniger gehindert, wenn den Gläubigern der alten Gesellschaft für einen

Digitized by Google

bestimmten Termin nach Eintritt der gemäß Art. 184 und Art. 9 öffentlich auszuschreibenden Fusion das Recht der Einsprache gegen dieselbe und das Recht auf vorzügliche Befriedigung aus dem Vermögen ihres Schuldners gewährt würde. Damit wäre die gewiß nicht unbillige Bestimmung zu verbinden, daß nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die Gläubiger so angesehen werden, als hätten sie zu der Rechtswandlung in der Person des Schuldners eingewilligt, und daß sie demnach den Gläubigern der vereinigten Gesellschaft gleich stehen.

Ein Ausschluß der Gläubiger, welche nicht rechtzeitig bei der Liquidation ihre Forderung anmelden, ist mit Recht nach den Motiven zu Art 201—203 deßhalb nicht vorgeschrieben, weil sie nach vollendeter Theilung des Vermögens ohnehin keinen Zugriffsgegenstand haben, vorher aber wenigstens hinsichtlich ungetheilter Vermögensstücke das Versäumte müssen gut machen dürfen. Ist die Liquidation nur Folge einer Gesellschafts-Vereinigung, so ließe sich ein derartiger Ausschluß noch weniger rechtfertigen, weil alsdann lediglich ein neuer Schuldner an die Stelle des alten tritt, und gegen Ersteren die Rechte des Gläubigers fortdauern müssen.

Mit Bezug auf die Bestimmung des Art. 33 über die allgemeine Pflicht der Kaufleute, ihre Handelsbücher während 10 Jahre aufzubewahren, verordnet Art. 204, daß die Handelsbücher der aufgelösten Aktiengesellschaft dem betreffenden Handelsgerichte übergeben werden und dort 10 Jahre lang hinterlegt bleiben.

Der V. und letzte Titel des II. Buchs bespricht in 5 Artikeln die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung, und enthält im Vergleiche mit unserm Handelsrechte Satz 47 — 50 nichts Neues, als daß die Gesellschafter nicht allein im Falle, wenn sie einen Bevollmächtigten für die Geschäftsbesorgung aufstellen, sondern auch wenn sie gemeinschaftlich handeln, sammtverbindlich haften. (Art. 209) Die Motive des preußischen Entwurfs und jene zu Titel III. Art. 108—110 des Entwurfs vom Jahre 1849 bezeichnen diese Vorschrift mit gutem Grund als ein Bedürfniß des Handels, wobei die letzteren die richtige Bemerkung beifügen, daß natürlich jene Regel durch eine ausdrückliche Verabredung in den Verträgen mit Dritten ausgeschlossen werden kann. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß Art. 210 dem Theilnehmer, welcher das gemeinschaftliche Geschäft besorgt, ein Recht auf Vergütung hiefür einräumt. (Fortsetzung folgt.)

II.

Ueber das Institut der sogenannten abgekürzten Appellationsverhandlungen nach der badischen Prozeßordnung.

Der Aufsatz in No. 10 dieser Blätter hat die sehr begründeten Bedenken hervorgehoben, welche diese, dem Regierungsentwurfe fremde, durch die Commission der zweiten Kammer angeregte neue Schöpfung in der Praxis darbietet. Ob die angestrebte Beschleunigung des Verfahrens praktisch auf diesem Wege erreicht worden ist, oder ob sie ohne Beeinträchtigung der Geschäftseintheilung der Gerichtsbehörden erreicht werden könnte, soll dahin gestellt bleiben, und es soll hier nur ein Gesichtspunkt hervorgehoben werden, welcher dieses Institut principiell als ein höchst bedenkliches erscheinen lassen muß.

Neben der beabsichtigten Beschleunigung des Verfahrens mag bei der Empfehlung dieses Instituts durch die Commission der zweiten Kammer das Streben mitgewirkt haben, die prozeßführenden Parteien möglichst in den Stand zu setzen, wie bei dem sogenannten mündlichen Verfahren in erster Instanz, so auch bei diesem Appellationsverfahren, ohne Hilfe eines Anwalts durchzukommen.

Jedermann, der einen Blick in das praktische Geschäftsleben gethan hat, weiß es, oder kann es wenigstens wissen, welche Bewandtniß es mit dieser Selbstvertretung der Parteien hat.

In Wirklichkeit und Wahrheit kann eine solche nur in den allereinfachsten Fällen, z. B. bei einfachen Schuldbetreibungen stattfinden, in allen andern Fällen dagegen könnte die Selbstvertretung der Parteien nur dann erzielt werden, wenn es möglich wäre, die Civilgesetzgebung zu vereinfachen; denn die Schwierigkeit, einen Prozeß so zu führen, daß das Wichtigste nicht vergessen wird, liegt nicht in der Prozeßordnung, sondern in dem Civilgesetzbuche selbst, und die Gefahr besteht weniger in Verstößen gegen die Form des Verfahrens als darin, daß rechtsunkundige Parteien oft gar nicht im Stande sind, ihre besten, im Civilgesetzbuche begründeten Angriffs- und Vertheidigungsmittel aufzufinden.

Sobald also zur Führung eines Rechtsstreits auch nur einige Rechtskenntniß erforderlich ist, bedürfen die Parteien der Hilfe eines Rechtskundigen, welcher ihnen ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel an die Hand gibt. Das System des mündlichen Verfahrens vor un-

Digitized by Google

fern Unterrichtern besteht also, wenn man die Wahrheit aussprechen will, eigentlich nicht darin, daß die Parteien selbst ihre Sache führen, sondern vielmehr darin, daß der Unterrichter als rechtskundiger Beistand beiden Parteien mit voller Unparteilichkeit ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel aufsuchen und gleichsam in den Mund legen muß.

Es ist nun allerdings die Schwierigkeit nicht zu verkennen, welche darin besteht, den Parteien eine Rechtshülfe zu gewähren, die neben der Gründlichkeit auch den Vorzug der Wohlfeilheit hat, und es mag schwierig sein, die Gränze zu finden, wo der einen oder der andern dieser beiden Rücksichten die größere Rechnung getragen werden muß.

Dagegen sind es nicht mehr bloße Nützlichkeitsgründe sondern es sind principielle Anforderungen an eine gute Gesetzgebung, welche die analoge Anwendung unseres sogenannten mündlichen Verfahrens auf die Appellationsinstanz geradezu verwerflich erscheinen lassen.

Man kann einräumen, daß ein Unterrichter, so lange er seine Ansicht noch nicht durch ein Urtheil zu erkennen gegeben hat, im Stande ist, beiden Parteien in gleichem Grade behilflich zu sein und seine volle Unparteilichkeit bis dahin zu bewahren.

Mit der Urtheilsverkündung aber hört dieser Standpunkt vollständig auf. Denn von diesem Augenblicke an entsteht die Frage, ob der Richter richtig geurtheilt habe? Das vorliegende Urtheil und das ihm vorangegangene Verfahren sind von da an die Gegenstände des Angriffs und der Vertheidigung der Parteien.

Betrachtet man nun die Stellung, in welche der Unterrichter von jetzt an bei unserer abgekürzten Appellationsverhandlung versetzt ist, so muß sie als eine ganz ungeeignete, mit dem äußern Ansehen und der Würde, womit eine gute Gesetzgebung das Richteramt stets umgeben soll, ganz unvereinbarliche bezeichnet werden.

Denn die Aufgabe des Unterrichters besteht nämlich nun darin, mit voller Selbstverleugnung seine eigne Arbeit einer Critik zu unterwerfen. Er muß, wenn er seiner Pflicht genügen will, der unterlegenen Partei behilflich sein, diejenigen Beschwerden ausfindig zu machen, welche gegen sein eigenes Urtheil mit Hoffnung auf Erfolg aufgestellt werden können, und er muß der andern Partei behilflich sein, diese Beschwerden als unbegründet darzustellen.

Ein gewissenhafter Unterrichter muß aber nicht nur sorgfältig prüfen, ob er sich nicht etwa in der Rechtsauffassung geirrt, ob er nicht Einreden, Repliken, Beweismittel u. s. w vergessen hatte, die nun in zweiter Instanz nachzubringen sind, sondern er muß auch die Parteien auf diejenigen Beschwerden aufmerksam machen, welche die Richtigkeit seines Verfahrens oder seines Urtheils herbeizuführen geeignet sind, und welche z. B. darin bestehen, daß er wesentliche Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens verletzt, unwahre Thatsachen unterstellt habe u. dgl.

Betrachtet man nun die Lage eines Unterrichters, welcher nach wiederholter reiflicher Prüfung seiner Arbeit zu der Ueberzeugung gelangt, daß er sich geirrt oder gar Verstöße im Sinne des §. 1128 der Pr.O. gemacht habe, so muß dieselbe als eine für das Richteramt sehr mißliche anerkannt werden. Denn der Unterrichter wird nun in die Alternative versetzt, entweder den Parteien gegenüber mit einiger Beschämung seine Fehler zu bekennen und dadurch sein äußeres Ansehen zu compromittiren, oder, was schlimmer wäre, seine bessere Ansicht von der Sache zu verschweigen und auf Kosten der Gerechtigkeit die Aufrechthaltung seines Urtheils möglichst zu erstreben. Und das Schlimmste bei der Sache besteht noch darin, daß, je gewissenhafter ein Unterrichter seinen Beruf auffaßt, desto wahrscheinlicher der Fall eintreten wird, der ihn in die erwähnte Alternative versetzt.

Eine gute Gesetzgebung wird, ganz im Gegensatze zu unserm Institute dafür besorgt sein, daß ein Richter, nachdem er sein Urtheil in einer Sache gegeben hat, mit dieser Sache ein für allemal nichts mehr zu schaffen habe. Die Durchführung dieses Grundsatzes ist unerläßlich, wenn man ein unbedingtes Vertrauen der Rechtsuchenden in die Gerechtigkeitspflege erstreben will. Der Grundsatz ist aber auch in der Pr.O. selbst anerkannt, indem der §. 56 den Parteien das Recht ertheilt, sich einen Richter, welcher schon in früherer Instanz geurtheilt hat, für weitere richterlichen Functionen wegen besorgter Befangenheit zu verbitten.

Das Institut des abgekürzten Appellationsverfahrens, welches keineswegs nur auf Bagatellsachen beschränkt ist, verstößt gegen diesen Grundsatz in auffallender Weise und ist, da es auch in andern Beziehungen den gehegten Erwartungen nicht entsprochen hat, jetzt, wie man ziemlich allgemein zugesteht, in Mißcredit gekommen.

Eine Abänderung der Prozeßordnung durch Aufhebung dieses Instituts würde sich sicherlich der allseitigen Anerkennung erfreuen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 15.

I.

Ueber die Handelsgerichte und das handelsgerichtliche Verfahren nach den Vorschriften des Handelsgesetzentwurfs für Deutschland.

(Fortsetzung von No. 13.)

Wenn also z. B. ein Mannheimer Handelsmann einen Schuldner zu Cöln hat, welcher letztere Eigenthümer eines zu Mannheim liegenden Schiffes ist, so kann der Mannheimer nur dann das Schiff des abwesenden Cölners zu Mannheim mit Beschlag belegen lassen, wenn er nachweist, daß bei dem Heimathsgerichte des Schuldners ein Arrest nicht wirksam erlangt werden kann, wobei ihm jedoch obliegt, auch noch zu bescheinigen, daß zur Anlegung eines Arrestes überhaupt ein gesetzlicher Grund vorhanden sei, daß z. B. der Schuldner sein Vermögen verschwende, sich auf der Flucht befinde, oder seine Zahlungen eingestellt habe.

Diese Beschränkung der Zulässigkeit eines Arrestes erscheint bei dem großen Handelsverkehr unserer Zeit durchaus ungerechtfertigt, und die Erfahrung hat schon häufig gelehrt, daß Arrestklagen, als nach unseren Gesetzen unstatthaft abgewiesen werden mußten, deren Abweisung nachher für den Gläubiger den Verlust seiner Forderung nach sich zog.

Wenn der Inländer im Auslande klagen muß, wo er mit der Gesetzgebung ganz unbekannt ist, wo er Anwälte bestellen, und häufig Caution leisten muß, wo ihn die ausländische Gesetzgebung überhaupt häufig dem Inländer nachsetzt, so liegt schon hierin eine Erschwerung der Rechtsverfolgung, die füglich umgangen werden kann. Wohlthätig wäre es daher, wenn mindestens für Baden eine Vorschrift dahin erlassen würde:

„Aus allen Handelsgeschäften kann der inländische „Gläubiger nach seiner Wahl Personal- und Realarrest „gegen jeden, im Auslande domizirten Schuldner erwir„ken, unter der Voraussetzung, daß er eine Forderung „an den Schuldner, sowie den Umstand bescheinigt, daß „der Schuldner fruchtlos zur Zahlung aufgefordert wurde, „oder selbst sein Unvermögen zu zahlen bekannt hat."

Die Art. 986 bis 991 bestimmen nun, daß Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern, zwischen Kaufleuten und ihren Bevollmächtigten, Klagen gegen Mäkler, Frachtführer und Schiffer, Klagen aus seerechtlichen Verhältnissen, sowie alle Klagen gegen Kaufleute aus Handelsgesellschaften derselben, vor die Handelsgerichte gehören. Es ist hier zu bedauern, daß nicht die Bestimmung des Art. 631 des Code de comm. aufgenommen wurde, wonach auch Klagen gegen Nichtkaufleute aus Handelsgeschäften sich zu der handelsgerichtlichen Competenz eignen, denn der Zweck solcher kaufmännischen Gerichte ist offenbar hauptsächlich der, daß Handelsgeschäfte überhaupt durch sachverständige Richter entschieden werden, und es versteht sich von selbst, daß derartige Rechtshandlungen, z. B. Lieferungs- und Wechselgeschäfte zwischen Nichthandelsleuten, ganz dieselben Prozesse zur Folge haben können, wie wenn diese Geschäfte zwischen Handelsleuten geschlossen wären, weßhalb die Betheiligten ebensogut wie Kaufleute ein Interesse haben, daß ihre Prozesse durch sachkundige Richter entschieden werden.

Die Art. 992 bis 999 enthalten Grundsätze über den Gerichtsstand. So wird bestimmt, daß derjenige, der eine Handelsniederlassung an einem Orte besitzt, wo er selbst nicht wohnt, dort Recht nehmen muß, wo sich die Niederlassung befindet.

Außerdem ist der Gerichtstand des erwählten Wohnsitzes, des Zahlungsortes, des geschlossenen Contrakts angefahrt, und sind die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Gerichtstand als fortbestehend erklärt. Hier dürfte nament-

Digitized by Google

lich für Baden noch der Beisatz zu treffen sein, daß der Inländer jeden Ausländer im Inlande verklagen kann, sobald er nachweist, daß im umgekehrten Falle der Ausländer nach seinen Gesetzen berechtigt wäre, den Inländer vor ein ausländisches Gericht zu ziehen. So gestattet z. B. der Art. 14 des Code civil dem Franzosen, jeden Ausländer vor ein französisches Gericht zu laden, und in manchen Ländern des gemeinen Rechts, z. B. in Hessen gilt der Grundsatz, daß der Inländer den Ausländer vor demjenigen inländischen Gerichte belangen kann, in dessen Bezirk ein Vertrag zwischen Beiden geschlossen wurde, selbst dann wenn der Vertrag dort gar nicht zu erfüllen ist und ohne die Voraussetzung unseres §. 43 der Pr O., wonach der ausländische Contrahent zur Begründung des Forums, im Inlande angetroffen werden muß. Eine solche Retorsion dürfte daher sicher gerechtfertigt erscheinen, wenn man bedenkt, wie täglich badische Unterthanen vor ausländische (namentlich rheinbairische) Gerichte geladen, im Falle ihres Nichterscheinens in contumaciam verurtheilt, und dann im Betretungsfall verhaftet werden, und zwar in Fällen, in welchen unsere Prozeßgesetzgebung nicht im entferntesten gestattet, den Ausländer vor ein inländisches Gericht zu ziehen.

Was nun das Verfahren vor den Handelsgerichten anbelangt, so scheint dies der Theil des ganzen Handelsgesetzbuchs zu sein, welcher im Allgemeinen, in der Art wie er vorliegt, am ungenügendsten behandelt ist; ungenügend insofern, als derselbe lediglich auf die bestehenden Vorschriften verweist.

Während in den übrigen Theilen des Entwurfs sich eine, oft nur zu große Zahl von Bestimmungen über fast jeden möglichen Fall findet, ist so zu sagen der wichtigste Theil des ganzen Gesetzes, nämlich die Handelsgerichtsprozedur, in wenigen Artikeln (Art. 1000—1011) kaum kurz berührt worden.

Der Art. 1000 bestimmt nun, daß im Allgemeinen die gewöhnlichen gesetzlichen Prozeßvorschriften auch in Handelssachen gelten sollen.

Diese Vorschrift ist vielleicht ausreichend in einem Entwurfe, der ursprünglich nur für Preußen bestimmt war, weil sie die preußische Organisation und das preußische Gerichtsverfahren voraussetzt, für ein Gesetzbuch für Deutschland erscheint sie aber deßhalb ganz unpraktisch, weil unter dem Schutze dieses Artikels das schriftliche Verfahren und sonstige unpassende Principien leicht fortbestehen könnten. Der Entwurf hat aber nur ein vielfach mündliches Verfahren im Auge, wie solches in Preußen jetzt eingeführt ist, und selbst, wenn derselbe in seiner jetzigen kurzen Fassung überall adoptirt würde, folgte daraus nicht, daß es im Geiste dieses Gesetzes läge, jede schleppende Prozedurform in Schriften oder Protokollen daneben fortbestehen zu lassen. In Preußen wird aber jeder Prozeß über Sachen, deren Werth 50 Thaler übersteigt, vom Kreisgerichte collegialisch entschieden. Sobald eine Klage eingereicht ist, wird der Kläger und der Beklagte vor einen Deputirten des Gerichts zur Verhandlung geladen, wobei dem Beklagten ausdrücklich gestattet wird, seine Erklärung schriftlich abgefaßt mitzubringen, und zu überreichen, welche Erklärung aber von einem Anwalte mindestens unterzeichnet sein muß, widrigenfalls sie als nicht überreicht gilt. *) Beim Nichterscheinen des Beklagten wird sogleich Versäumungserkenntniß ausgesprochen. Der Gerichtsdeputirte läßt zu Protokoll verzeichnen, was er für passend hält, und dann erst beginnt die Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte.

Der Gerichtsdeputirte erstattet in der öffentlichen Sitzung des aus drei Richtern bestehenden Kreisgerichts auf den Grund einer schriftlichen Darstellung Berichte, und dann erfolgen die mündlichen Vorträge der Parteien. Die mündliche Verhandlung umfaßt aber weit mehr als bloße Rechtsausführungen, und mancherlei Prozeßhandlungen geschehen unmittelbar vor dem urtheilenden Gericht. (Wer Gelegenheit hat, oft preußische Akten zu lesen, wird sich leicht überzeugen, daß dieses Verfahren die vor Allem nöthige Garantie einer gründlichen Behandlung gewährt.)

Da nun aber in Deutschland die verschiedenartigsten Gesetzgebungen gelten, deren Prinzipien für ein Handelsverfahren häufig schlechthin unpassend sind, so muß entweder der erste Abschnitt des vierten Titels ein ausführlicheres Prozeßverfahren einverleibt bekommen oder, falls dieß nicht geschieht, müssen für die einzelnen Staaten, welche nicht, wie Preußen und Hannover, ein auf den Grundsätzen einer wahren Mündlichkeit beruhendes Collegialverfahren besitzen, besondere Vorschriften für das Handelsprozeßverfahren erlassen werden.

---

*) Ein Beweis, daß man in Preußen das Ueberreichen von schriftlichen Eingaben durch Personen, die vielleicht nicht im Stande sind, einen mündlichen Vortrag zu halten, mit dem mündlichen Verfahren keineswegs unerträglich hält, und ein weiterer Beweis davon, wie sehr man in Preußen von dem früheren Principe des Advokatenausschlusses und der Begünstigung der sogenannten Selbstvertretung zurückgekommen ist.

Digitized by Google

Zunächst soll nur Baden ins Auge gefaßt werden. Da die Handelsgerichte Collegialgerichte sind, so würde bei Einführung des Handelsgesetzbuchs ohne besondere weitere Vorschrift sich ergeben, daß bei denselben das Collegialverfahren des Art. 1063 ff. der Pr.O., d. h. ein in der Hauptsache schriftliches Verfahren, das mit einer mündlichen Rechtsausführung schließt, die Regel bilden würde, wobei aber nicht die thatsächlichen Behauptungen, die in der Sitzung vorgetragen werden, sondern nur die, welche in den Akten liegen, berücksichtigt werden könnten. Dieß kann nun unmöglich der Fall sein, denn ein schriftliches Verfahren mit einer Prozeßdirektion durch ein Collegium erster Instanz erscheint überhaupt als eine unpraktische Einrichtung (welche auch in den bedeutenderen neueren Prozeßgesetzgebungen nicht mehr als Regel angenommen wurde), und muß vor Allem in Handelssachen unbekannt bleiben, wo die Raschheit der Entscheidung von so großem Werth ist.

Da also das gesetzliche Collegialverfahren sicher bei uns in Handelssachen unpraktisch sein wird, so müssen, falls der Entwurf nicht in dieser Richtung vervollständigt wird, wenigstens bei uns partikuläre Bestimmungen erfolgen, welche ein passendes Handelsverfahren ermöglichen.

Man könnte vielleicht nun glauben, daß es hinreiche, wenn man gleich dem Gesetze vom 6. März 1845 über die Gerichtsverfassung § 36, nur bestimmte, daß bei den Handelsgerichten, soweit keine gesetzliche Aenderung vorliegt, das Einzelrichterverfahren der Pr.O. einfach zur Anwendung kommen solle.

Allein wenn man selbst das protokollarische Verfahren vor dem Einzelrichter für die Handelsgerichte beibehalten wollte, würde dasselbe in vieler Beziehung verbessert werden müssen, wie unten gezeigt werden soll.

Wenn die Partikulargesetzgebung Normen für das Verfahren vorschreiben will, so können dieß eigentlich keine anderen Vorschriften sein, als diejenigen, welche in Art. 414 ff. des Code de proc. über das Handelsverfahren, und in Art. 405 ff. über das summarische Verfahren überhaupt erlassen sind, Vorschriften, wonach die mündliche Verhandlung und die Beweiserhebung vor dem Collegium selbst vor sich geht, und in Sachen unter 1000 Franken Werth nur der Sachverhalt kurz aufgezeichnet wird, was allerdings allein eine wahre Mündlichkeit genannt zu werden verdient. Dieses französische Verfahren für Handelsgerichte anzunehmen (wie der Entwurf auch das französische Gantverfahren adoptirt hat), wäre eigentlich das Allerpassendste gewesen. Die französische Handelsgerichtsprozedur ist entschieden der beste Theil des französischen Prozeßrechts, und man hat in Handelsplätzen überall Gelegenheit, sich zu überzeugen, mit welcher außerordentlichen Achtung und Bewunderung über die zweckmäßige Einrichtung des handelsgerichtlichen Verfahrens in den Rheinlanden geurtheilt wird. Der Umstand, daß dort eine eigentliche Prozeßdirektion nicht bekannt ist, daß die meisten Geschäfte durch Gerichtsboten und Gerichtsschreiber oder durch die Bevollmächtigten der Parteien besorgt werden, daß mit einem Worte das Gericht nur zu entscheiden hat, diese nicht genug zu lobende Einrichtung trägt nicht wenig dazu bei, daß das Gericht in den Stand gesetzt wird, auf seine Hauptobliegenheit, auf die Fällung der Urtheile diejenige Aufmerksamkeit zu wenden, welche häufig nicht wird in gleichem Maße darauf gewendet werden können, wenn das Gericht neben der Entscheidung der Hauptfrage noch alle möglichen anderen Geschäfte zu besorgen hat.

Wenn es sich nun aber darum handelte, in Baden ein im Allgemeinen auf unsere Prinzipien über das Verfahren vor dem Einzelrichter passendes Handelsverfahren einzuführen, eine Einrichtung, die offenbar von der allerhöchsten Wichtigkeit für unseren Handel und Credit ist, so dürften vor Allem folgende Punkte zu berücksichtigen sein:

1) Da ein Handelsgericht nicht in der Lage ist, tagtäglich oder an bestimmten Wochentagen Amtstag zu halten, indem die Zeit der Beisitzer aus dem Handelsstande doch zu kostbar sein dürfte, als daß man denselben zumuthen könnte, wegen der Möglichkeit, daß eine Klage erhoben werden wolle, einen ganzen Tag auf dem Gerichte zuzubringen, so muß vor Allem die Bestimmung getroffen werden, daß jede Klage, und überhaupt jede Erklärung, welche nicht in einer dazu bestimmten Tagfahrt abzugeben ist — schriftlich eingereicht werden muß.

Wäre dieß nicht der Fall, würde lediglich das fortwährende Protokolliren sanctionirt, so oft Jemand einen Vortrag abgeben wollte, ohne vorgeladen zu sein, so würde des Protokollirens kein Ende werden, die Aufmerksamkeit der Handelsgerichtsbeisitzer bei dem ermüdenden Zuhören erschlaffen, und die kaufmännische Mitwirkung immer mehr bedeutungslos werden.

2) Die Anordnung des Art. 1003 des Entwurfs, daß die Parteien in Person oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen müssen, und daß Kaufleute, welche am Orte des Handelsgerichts wohnen, vor dem Handelsge-

Digitized by Google

richt als Bevollmächtigte der Parteien zuzulassen sind, erscheint jedenfalls ungenügend. Der Art. 422 des Code de procédure verfügt, daß beim ersten Erscheinen jede Partei, welche außerhalb des Gerichtssitzes im Inlande oder Auslande wohnt, bei ihrem ersten Auftreten am Gerichtssitze Domicil wählen muß, widrigenfalls ihr alle Beschlüsse und Urtheile nur durch Mittheilung an die Gerichtskanzlei bekannt gemacht würden.

Die hannöverische Pr.O. bestimmt in dieser Beziehung in den §. 68 123, daß bei den Gerichten, vor welchen man ohne Anwalt prozessiren darf, jede Partei bei ihrem ersten Erscheinen verpflichtet ist, zur Entgegennahme aller gerichtlichen Beschlüsse eine am Gerichtssitze wohnende Person zu bezeichnen, widrigenfalls alle ihr mitzutheilenden Dekrete einfach der Post übergeben würden.

Der Art. 830 des vorliegenden Entwurfs verfügt bezüglich des Gantverfahrens, daß jeder, nicht im Gebiete des Concursgerichts wohnende Gläubiger, zugleich mit der Anmeldung der Forderung einen am Gerichtssitz wohnenden Bevollmächtigten namhaft machen muß, widrigenfalls er alle Verhandlungen und Beschlußfassungen nicht aus dem Grunde anfechten kann, daß ihm keine Benachrichtigung zugegangen sei.

Nach Art. 831 gilt der Bevollmächtigte zugleich als Insinuationsmandatar.

Nach badischem Verfahren muß nun die im Inlande, aber außerhalb des Gerichtssitzes wohnende Partei, durch Requisition ihrer Gerichtsbehörde von jeder Beschlußfassung in Kenntniß gesetzt werden, und der im Auslande wohnenden Partei liegt überdieß die Pflicht ob, neben einem etwaigen Bevollmächtigten noch einen besonderen Insinuationsmandatar aufzustellen. Wenn aber die Stellung des letzteren unterblieben ist, dann hat erst noch das Gericht die Obliegenheit, sich an die ausländische Partei selbst zu wenden und derselben begreiflich zu machen, daß sie den Insinuationsmandatar zu bestellen habe.

Sowohl die gerichtliche Correspondenz mit Inländern, die in anderen Bezirken wohnen, als die Auflage eines Insinuationsmandatars an Ausländer, ist aber in allen Fällen lediglich eine unnütze Schreiberei, eine zwecklose Geschäftsvermehrung der Gerichte, und überdies lediglich eine Ursache von Verschleppung, wenn man bedenkt, wie lange es oft dauert bis Zustellungsscheine aus dem Auslande zu erhalten sind, zumal wenn der diplomatische Weg gewählt werden muß. (Andere erlaubte Empfangsbescheinigungen, welche die Post bewirkt, sind erfahrungsgemäß unzuverlässig, und überdieß im Auslande häufig verboten.)

Die Bestellung eines Insinuationsmandatars neben dem Prozeßbevollmächtigten hat sich übrigens erfahrungsgemäß als eine ziemlich bedeutungslose Formalität gezeigt.

In Handelssachen dürfte nun bei uns die Bestimmung am Platze sein: „Jede, nicht am Gerichtssitze wohnende Partei hat sogleich bei ihrem ersten gerichtlichen Auftreten einen am Gerichtssitze wohnenden Bevollmächtigten zu bestellen, ohne daß hierüber eine Auflage an die Partei nothwendig ist. Unterbleibt die Bestellung oder weigert der Bevollmächtigte die Annahme der Vollmacht, so erfolgen alle Zustellungen an die Partei durch die Post und gilt die Behändigung mit Ablieferung des Dekrets an die Postbehörden geschehen, selbst wenn dasselbe als unbestellbar zurückkommt."

„Der aufgestellte Bevollmächtigte gilt, sofern die Partei dieß nicht anders bestimmt, auch als Insinuationsmandatar derselben."

(Schluß folgt.)

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung, hier der §§. 260 und 578, die Eidesleistung durch den Abwesenheits- und Prozeßpfleger betr. (Vrgl. Jahrg. XX. S. 167. 193.)

In No. 11 Seite 85 dieser Blätter findet sich eine kurze Andeutung, wonach ein Senat des mittelrheinischen Hofgerichtes auch in jüngster Zeit wieder die Ansicht festhielt, daß die Eideszuschiebung nicht an den Prozeßpfleger eines Abwesenden, sondern nur an den Letzteren selbst Statt finde. Diese ohne Bezeichnung der Gründe gegebene Andeutung scheint mir sehr geeignet zu sein, neue Mißverständnisse und Zweifel in einer Lehre hervorzurufen, welche bei klarer Auffassung der Sache zu beiden wenig Stoff bietet.

Deßhalb und da hiebei ausdrücklich auf meine gegentheilige Ausführung in Jahrg. XX. S. 193 Bezug genommen wurde, sehe ich mich veranlaßt, diesem Gegenstande noch einige Worte zu widmen:

Bei Aufstellung und Beantwortung der Frage, ob der Abwesenheitspfleger, beziehungsweise Prozeßpfleger

Digitized by Google

eines abwesenden Inländers den zu schwörenden Haupteid oder Notheid im Namen des Abwesenden zu leisten hat, muß man sich hüten, zwei wesentlich verschiedene Fälle zu vermengen, nämlich:

1) den Fall, wenn der Aufenthaltsort des Abwesenden nicht bekannt und nicht zu ermitteln ist, und
2) den Fall, wenn der Aufenthaltsort des Abwesenden bekannt oder doch zu ermitteln ist.

Nur für den ersten Fall ist die besondere Fürsorge des P.O. §. 260 gegeben. Sobald der Aufenthaltsort des Inländers bekannt wird, oder auf einfachem, sicherem Wege ermittelt werden kann, ist es überall nicht zu bezweifeln, daß die Leistung des Eides durch den Abwesenden selbst zu geschehen hat, da jene besondere Fürsorge die wirkliche und fortdauernde Unbekanntschaft seines Aufenthaltsortes voraussetzt und nur unter dieser Voraussetzung (als eine Art Nothbehelf) Anwendung findet, mit dem Wegfallen dieser Voraussetzung aber ihre Anwendbarkeit verliert.

Daß das Wegfallen der Voraussetzung im Laufe des gerichtlichen Verfahrens alsbald die bezeichnete Folge haben muß ergibt sich aus der Natur der fraglichen Vertretung; wenn im Laufe des Prozesses der Minderjährige volljährig, der Entmündigte der Entmündigung wieder enthoben wird, so fällt auch sofort die Vertretung durch den Vormund oder Pfleger hinweg, in welcher Lage sich der Rechtsstreit befinden mag.

Ist aber im einzelnen Falle jene Voraussetzung wirklich vorhanden, ist der Aufenthalt des Abwesenden nicht bekannt und seither nicht näher ermittelt worden (nur von diesem Fall ist und war die Rede), so kann die Eidesleistung durch den Abwesenheitspfleger, beziehungsweise Prozeßpfleger rechtlich überall keinem Anstand unterliegen.

Um dieses in klares Licht zu stellen, bedarf es nur der Anführung der hier maßgebenden Gesetze, nämlich:

Pr.O. §. 260: „Ist der Aufenthaltsort des Inländers nach dem Berichte des Ortsvorstehers (§. 249) blos unbekannt, so geschieht die Behändigung an einen Pfleger, welcher, sofern dem Vorzuladenden nicht schon nach §. 10 des II. Einführungsedikts zum Landrecht ein Abwesenheitspfleger bestellt ist, zu seiner Vertretung in der anhängigen Streitsache vom Gericht besonders aufgestellt wird."

II. Einführungsedikt zum Landrecht §. 10: „Die Obrigkeit setzt den vermißten Abwesenden, die keine bevollmächtigte Geschäftsführer haben — — von Amtswegen Pfleger. Die Pfleger der Abwesenden werden auf ähnliche Art, wie die Pfleger der Minderjährigen bestellt und verpflichtet, und haben mit ihnen dieselben Obliegenheiten."

(Hiemit ist L.R.S. 111b und 112, sowie auch §. 2—4 der landesherrlichen Verordnung vom 29. Sept. 1804, Reggsbl. No. 37 zu vergleichen.)

Pr.O. §. 578: „Vormünder oder Beistände, überhaupt gesetzliche Vertreter eidesunmündiger oder eidesunfähiger Personen, leisten den Eid, insofern er ihnen persönlich fremde Thatsachen betrifft, in der für die Fälle des §. 530 Ziff. 2 vorgeschriebenen Weise."

(Hiemit ist §. 576. 577. 579 zu vergleichen.)

Wenn ein Pflegbefohlener da ist, der den Eid über die eigenen Handlungen selbst zu leisten im Stande ist (oder in nicht ferner Zeit im Stande sein wird §. 577), dann soll allerdings Dieser den Eid selbst leisten, wenn aber kein solcher da ist, so tritt die Eidesleistung durch den Vormund oder Pfleger als den gesetzlichen Vertreter ein; dies ist der nicht zu verkennende Grundgedanke, auf welchem die betreffenden, ebenso einfachen und klaren als zweckmäßigen, Gesetzesbestimmungen beruhen.

Daß überhaupt Vormünder und Pfleger, abgesehen von den im Gesetz besonders vorgesehenen, in der Natur der Sache begründeten Ausnahmen, für die von ihnen vertretenen Personen den Haupteid, sowie auch geeigneten Falls den Notheid, zu leisten haben, darf als ein anerkannter Satz bezeichnet werden *), und es hat dieser Satz auch in Pr.O. §. 578 eine ausdrückliche und allgemeine gesetzliche Anerkennung gefunden, da dort ganz allgemein von Vormündern oder Beiständen und nebstdem noch besonders von den Vertretern eidesunmündiger oder eidesunfähiger Personen die Rede ist.

Fragen wir nun, welche Gründe gegen die Eidesleistung durch den Prozeßpfleger, beziehungsweise Abwesenheitspfleger des an unbekannten Orten sich aufhaltenden Inländers vorgebracht wurden, so finden wir, daß

*) Wer möchte bezweifeln, daß für den Wahnsinnigen, den gleichsam geistig abwesenden Prozeßgegner, dessen Vormund geeigneten Falls den Eid zu leisten hat? Dieselbe Fürsorge darf und soll nach den Grundsätzen des badischen Rechtes für den räumlich abwesenden Inländer, dessen Aufenthalt nicht zu ermitteln ist, eintreten, wenn er nicht als Landstreicher oder Flüchtling nach Maßgabe des Pr.O. §. 258 sich einer solchen besonderen Fürsorge unwerth gemacht hat.

Digitized by Google

in der letzten Mittheilung gar keine Gründe gegeben wurden, und in der früheren Mittheilung (Annalen XX. S. 176) wenig mehr; denn wenn in den dort abgedruckten kurzen Entscheidungsgründen der Pfleger als ein Dritter betrachtet und darauf hingewiesen wird, daß der Eid nur dem Prozeßgegner zugeschoben werden könne, so ist dies eine Anschauungsweise, die gegenüber der Stellung des Pflegers als eines gesetzlichen Vertreters der Partei als eine völlig unhaltbare erscheinen muß, und wenn ferner darauf Gewicht gelegt wird, daß das Gesetz, sonst sorgfältig in Aufzählung der einzelnen Fälle der Eidesleistung durch Vertreter den fraglichen Fall gar nicht erwähnt habe, so ist dieser Umstand insofern nicht richtig, als nach dem Obigen allerdings eine auf Vormünder jeder Art zu beziehende allgemeine Vorschrift (§. 578) besteht, überdieß wäre der Mangel einer besonderen Erwähnung des Falles für sich ein wissenschaftlich durchaus unzureichender Grund, da das Gesetz dem Richter nicht blos das sagt, was ausdrücklich darin ausgesprochen ist (was unmittelbar im Umfang seiner Worte liegt), sondern auch das, was nach folgerichtiger Ableitung darin zu finden ist, soweit nicht andere Sätze im Wege stehen.

L.R.S. 6a, womit die besondere Bestimmung des Pr.O. §. 604 zu vergleichen ist.

Als streng folgerichtig muß aber gewiß die Ableitung anerkannt werden, welche einfach dahin geht: Das Gesetz will und gebietet eine Vertretung des fraglichen Abwesenden und zwar für den ganzen Prozeß, damit verleiht es dem Vertreter zugleich alle Rechte und Pflichten, die zu einer vollständigen, der Natur der Verhältnisse entsprechenden Vertretung gehören.

Hienach scheint uns aller Grund vorhanden, die früher von uns geltend gemachte Ansicht als bis auf Weiteres feststehend zu betrachten.

Die angeführte neuerliche Entscheidung eines Senats dürfte übrigens, soweit sich aus der kurzen Mittheilung erkennen läßt, in Wahrheit mit der richtigen Ansicht gar nicht im Widerspruch stehen, da sich aus der Mittheilung selbst zu ergeben scheint, daß der Aufenthaltsort der abwesenden Beklagten gar nicht unbekannt, sondern nur entfernt war, ein Fall, der nicht unter Pr.O. §. 260 fällt und nach ganz anderen Grundsätzen zu beurtheilen ist.

Waren übrigens jene Beklagten ausgewandert und nicht etwa ausnahmsweise demungeachtet noch als Inländer zu betrachten (vrgl. VI. Constitutionsedikt §. 9 und Verordnung vom 16. Dezember 1803 über Wegziehen und Auswandern §. 8. 15. 16), ein Ausnahmsfall, der in der angerufenen Sache wohl vorausgesetzt werden muß, so könnte die blos für Inländer getroffene Fürsorge des §. 260 schon deßhalb auf dieselbe keine Anwendung finden.

Immer ist es zur Vermeidung von Mißverständnissen sehr nothwendig, daß man stets im Auge behalte, wie der Pr.O. §. 260 sich nur auf Inländer bezieht, deren Aufenthaltsort unbekannt ist, ohne daß sie (gemäß §. 258) wegen Landstreicherei verurtheilt oder in Untersuchung genommen oder erwiesenermaßen auf flüchtigem Fuße befindlich sind.

Eduard Brauer.

III.

Oberhofgericht.

1) Das auf einem Grundstück haftende Unterpfandsrecht erstreckt sich, von dessen gerichtlicher Verfolgung an, auch auf die natürlichen und bürgerlichen Früchte, welche die Sache abwirft.
2) Dieses Vorrecht auf die Nebensache ist eine kraft Gesetzes eintretende Folge des Pfandanspruchs auf die Hauptsache.
3) In der Gant des Pfandschuldners gehören daher die während ihrer Dauer verfallenden Früchte vorzugsweise jenem Gläubiger, welchem die fruchttragende Sache verpfändet ist.

Versorgungsanstalt gegen v. Böcklin's Gant.

Die allgemeine Versorgungsanstalt in Karlsruhe hatte an die v. Böcklin'sche Gantmasse aus Darleihen ein Capital von 11,000 fl. nebst Zinsen zu 4½ pCt. vom 7. September 1843 zu fordern, wofür ihr ein Haus verpfändet war, aus welchem bei der Versteigerung vom 19. Mai 1852 die runde Summe von 13,000 fl. erlöst worden ist.

Bis zu diesem Tage war aber die Forderung der

Digitized by Google

Verſorgungsanſtalt bis auf 15,672 fl. 26 kr. und folglich um 2672 fl. 26 kr. über den Erlös angewachſen, ſo daß ſie nothwendig einen Verluſt von dieſem Betrage hätte erleiden müſſen, wenn nicht der ſeit dem 15. April 1847, als dem Tag des Gantausbruchs, bis zum Verſteigerungstag erzielte Miethzins von jährlichen 620 fl. zu ihrer Befriedigung verwendet wurde. Deßhalb glaubte die Verſorgungsanſtalt, daß ihr die Miethzinſe aus ihrem Pfandobjekte, ſo weit nöthig, zur Deckung ihrer Zinſen zuzuweiſen ſeien, damit ſich nicht die Gantmaſſe durch Verſchleppung der Verſteigerung widerrechtlich zum Nachtheile der Liquidantin mit den Früchten ihres Pfandobjekts bereichere. Weil aber der Ordnungsbeſcheid hierüber keine Beſtimmung enthielt, ſo beantragte die Verſorgungsanſtalt eine Ergänzung des Ganturtheils in dieſem Punkte.

Durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 23. Oktober 1856 wurde jedoch das deßfallſige Geſuch als unzuläſſig und unbegründet verworfen.

Hiergegen beſchwerte ſich die Verſorgungsanſtalt und machte für die Zuläſſigkeit ihres Geſuchs geltend, daß die widerrechtliche Verzögerung der Verſteigerung des Gantobjekts nicht ſchon bei der Liquidation habe voraus geſehen werden können, welche ſich jedenfalls auch auf die Miethzinſe erſtrecke, da derjenige, der das principale, das ganze Pfandobjekt beanſpruche, eo ipso auch das accessorium, die Früchte daraus, in Anſpruch genommen habe.

Zur Sache ſelbſt berief ſich die Appellantin auf die L.R.S. 2114a. 2204a und 2176, ferner auf die §§. 1004. 788 der Pr O., endlich auf Bekk, dingliche Rechte §. 163, Zachariä §. 286 und auf die Annalen VI. 133.

Auf gepflogene Verhandlung erfolgte am 20. März l. J. ein abänderndes Urtheil dahin:

„Daß zur vorzugsweiſen Deckung der ſeit dem Gantausbruch bis zum Tage des Verkaufs des der Liquidantin verpfändeten Hauſes aus der liquidantiſchen Forderung von 11,000 fl. erwachſenen Zinſen die während der Gant von der Maſſeverwaltung aus dem Hauſe bezogenen reinen Erträgniſſe, vorbehaltlich ihrer näheren Ausmittelung, der liquidantiſchen Verſorgungsanſtalt zuzuweiſen ſeien."

Oberhofgerichtliche Entſcheidungsgründe.

Es handelt ſich in dieſem Rechtsſtreit um die Frage, ob das in der Gant angemeldete Unterpfandsrecht auch die Früchte und Erträgniſſe des Pfandobjekts umfaſſe, die ſich während des Gantverfahrens bis zur Verſteigerung der Liegenſchaft ergeben haben? Dieſe Frage wurde in der vordern Inſtanz mit Unrecht verneint.

Der L.R.S. 2176 legt der gerichtlichen Verfolgung des Pfandrechts ausdrücklich die Wirkung bei, daß von der Klagzuſtellung an auch die Früchte der Liegenſchaft dem Pfandrecht unterworfen ſeien, und daher mit der Hauptſache zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden ſollen. Der Sinn dieſer Beſtimmung iſt nicht blos der, daß die Beſchlagnahme einer Liegenſchaft die Verfügungsgewalt des Beſitzers auch über die Früchte beſchränke, wie dies der Satz 2204a im Allgemeinen und zu Gunſten eines jeden Gläubigers verfügt, der den Zugriff erwirkt, ſondern es iſt mit der auf das Pfandrecht geſtützten gerichtlichen Aufforderung die Ausdehnung des Pfandrechts auf die Früchte verbunden, ſo daß dieſe, gleich der Hauptſache, dem Vorrecht des Unterpfandsgläubigers vor anderen und namentlich auch vor ſpäteren Unterpfandsgläubigern unterliegen, wie der folgende Satz 2177 Abſ. 2 in Verbindung mit Satz 2176 deutlich zu erkennen gibt, indem die hier beſprochene Rangordnung der Gläubiger ſich zweifellos auch auf die im vorigen Satz erwähnten Früchte bezieht, und wie ferner daraus von ſelbſt folgt, daß das Recht auf die Früchte als eine Wirkung des gerichtlich verfolgten Pfandrechts erklärt iſt, ſomit das Pfandrecht auch die Früchte ergreift.

Daß dieſes der Sinn und die Bedeutung des Satzes 2176 iſt, findet ſeine Beſtätigung in dem Art. 689 des Code de proc. *), wo dieſelbe Regel in größerer Allgemeinheit wiederholt und keineswegs ein Grundſatz ausgeſprochen iſt, der dem Art. 2176 etwas Neues hinzufügt. Der Umſtand aber, daß der Art. 689 in Baden keine Geſetzeskraft hat, kann den Richter nicht hindern, die Beſtimmung des Satzes 2176 auch gegenüber der Gantmaſſe in Anwendung zu bringen; denn es kann vernünftiger Weiſe keinen Unterſchied für dieſe Anwendung begrün-

*) Dieſer Artikel beſagt: „Früchte, welche nach der Ankündigung des Beſchlags an denjenigen, gegen welchen der Beſchlag ausgewirkt worden, verfallen ſind, werden den unbeweglichen Gütern ſelbſt gleichgeachtet, und mit dem Preiſe derſelben nach der Ordnung der Hypotheken vertheilt." Dieſer, für Baden nicht geltende Artikel iſt durch die L.R.S. 2114a und 2204a erſetzt, welche das nemliche verordnen.

Digitized by Google

den, ob der Gantmann nur als dritter Besitzer des Pfandes oder ob er überdies persönlich für die Schuld haftet. Außerdem entspricht dieß den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung der Litiscontestation und es gebietet die augenscheinliche Billigkeit, daß der Unterpfandsgläubiger deßhalb keinen Schaden zum Vortheil der andern Gläubiger leiden darf, weil die Versteigerung seines Unterpfands und damit die Zuweisung des baaren Erlöses oder die Einweisung in die Steigschillinge ungewöhnlich verzögert wird, vielmehr muß das Vorrecht auf die inzwischen gewonnenen Früchte des Pfandrechts als Ersatz für die im andern Falle genossenen Zinse dienen. Vrgl. Bekk, dingl. Rechte S 163.

Die von der Gantmasse getragenen Lasten und Verwendungen auf das Pfandobjekt müssen jedoch selbstverständlich an dem Erträgniß abgezogen werden, und der Unterpfandsgläubiger kann nur das reine Erträgniß in Anspruch nehmen, welches einer näheren Ausmittlung vorbehalten wurde.

Ohne Erheblichkeit ist endlich der formelle Einwand, daß die Liquidantin ein Vorrecht auf die Früchte in der Liquidationstagfahrt nicht besonders geltend gemacht habe und folglich damit ausgeschlossen sei; denn dieses Vorrecht auf die Nebensache ist eine kraft Gesetzes eintretende Folge des Pfandanspruchs auf die Hauptsache und die Unterlassung einer besonderen Liquidation dieses Nebenrechts kann dem Gläubiger um so weniger zum Nachtheil gereichen, als das Gantverfahren eine sofortige Versteigerung des Massevermögens gebietet — §. 887 d. P.O. — und daher in der Regel nicht zu erwarten und vorauszusehen ist, daß und welche Erträgnisse noch vor der Versteigerung erzielt werden.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Anmerkung. In einem ähnlichen Falle (Versorgungsanstalt gegen v. Bodmann's Gant) hat der oberste Gerichtshof durch abänderndes Urtheil vom 9. Febr 1853 der Liquidantin — auf den Grund des §. 805 d P O. — die Erträgnisse des derselben verpfändeten Dürrenhofs, beziehungsweise die von der Gantmasse bezogenen und noch zu beziehenden Nachtschillinge dieser Liegenschaft vom April 1850 an, zur vorläufigen Befriedigung der liquidirten Forderung zugewiesen.

D R

IV.

Rechtsmittel gegen Versäumungserkenntnisse.

Das Versäumungserkenntniß, welches zugleich in der Hauptsache entscheidet, ist der Rechtskraft empfänglich;

§. 351 Pr.O.

deren Eintritt wird zufolge

§§ 621. 622. 1131 Pr O.

durch rechtzeitige Einreichung einer Wiederherstellungsbitte oder einer Appellationsanzeige verhindert.

Der um Wiederherstellung Bittende erkennt die Rechtmäßigkeit des gegen ihn ergangenen Versäumungserkenntnisses an, sucht aber bei dem Richter, welcher es erlassen hat, seinen Ungehorsam damit zu entschuldigen, daß er verhindert gewesen sei, dem richterlichen Befehl Folge zu leisten.

Wenn aber derjenige, gegen welchen ein Versäumungserkenntniß ergangen ist, darthun will, daß er nicht ungehorsam gewesen sei, oder daß sein Ungehorsam die gegen ihn ausgesprochenen rechtlichen Folgen nicht haben könne, so muß er dies bei dem Obergerichte vortragen, da nach

§. 1121 Pr.O.

der Richter, welcher das Versäumungserkenntniß erlassen hat, dasselbe, nachdem es behändigt ist, selbst wenn er einsehen würde, er habe sich geirrt, doch nicht mehr zurücknehmen oder selbst abändern darf. In einem solchen Falle kann die Anfechtung des Versäumungserkenntnisses nur im Wege der Appellation erfolgen, und der Unterrichter nicht angegangen werden, dasselbe zurückzunehmen oder abzuändern. Es handelt sich nämlich hier nicht um Entschuldigung eines wirklich stattgehabten Ungehorsams durch eingetretene Veränderung, sondern um Correctur eines angeblichen Irthums des Unterrichters über die thatsächlichen Voraussetzungen oder die rechtlichen Folgen des Ungehorsams.

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 16.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung der Aufsätze in No. 9. 11. 12. 14.)

Darf man den öffentlichen Blättern und einem vielverbreiteten Gerüchte trauen, so droht dem schönen Werke einer gemeinsamen deutschen Handelsgesetzgebung ein trauriges Schicksal, doch muß man deßhalb nicht verzagen, denn so schön jenes Werk ist, so schwierig ist es auch, besonders da es nicht der Ausfluß einer gesetzgebenden Gewalt ist, sondern von der Einigung vieler Staaten abhängt, deren Verhältnisse und handelspolitische Interessen unendlich von einander abweichen, und so eine sehr verschiedene Anschauung des Handelsrechts bedingen.

Wird schon der rheinpreußische Rechtsgelehrte oder Kaufmann ganz anders darüber denken, als der Ostpreuße und der Altpreuße, so muß dies noch weit mehr der Fall sein, wenn es sich um verschiedene Staaten handelt. Der in der Zusammenberufung der Nürnberger Conferenz ausgesprochene Entschluß, einem längst gefühlten Bedürfnisse Rechnung zu tragen, kann und wird auch im Stande sein, jene Hindernisse zu überwinden, wenn es dazu auch längerer Zeit bedarf, als der leicht begreifliche allgemeine Wunsch gewähren möchte.

Die Fehler des preußischen Entwurfs verkenne ich nicht, denn seine oft zu sehr nur für Preußen berechnete Auffassung, das gerade einem Einigungswerke nachtheilige Verlieren in Details, das Experimentiren mit neuen Lehren und manche andere Schattenseiten treten klar hervor. Ohne aber ein unbedingter Bewunderer desselben zu sein, kann man ihm das Verdienst nicht absprechen, daß darin die Ergebnisse der Praxis und Wissenschaft, sowie die vergleichende Berücksichtigung anderer in- und ausländischer Gesetzgebungen gut benützt und oft mit feinem Takte neue Gesichtspunkte eröffnet sind. Auch sein System ist im Allgemeinen einfach und leicht verständlich. So scheint er nur eine passende Grundlage für die Berathungen zum Zwecke der Erlassung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, und die ihm hiebei zu Theil werdende Prüfung von allen möglichen Seiten und Standpunkten wäre um so mehr das beste Mittel zu seiner Verbesserung, als die natürliche Vorliebe seiner Verfasser hierauf einen verhältnißmäßig geringen Einfluß ausüben kann.

So wollen wir an der Hoffnung des Gelingens festhalten, zumal da neuerlich wieder Versicherungen über einen ganz erfreulichen Stand der Angelegenheit gegeben wurden, und deßhalb will ich mir erlauben, in diesen anspruchslosen Mittheilungen fortzufahren.

Zum III. Buch. **„Von den Handelsgeschäften"** sind die Motive des Entwurfs noch nicht veröffentlicht worden, wodurch dessen Beurtheilung sehr erschwert ist, allein andere Hilfsmittel ersetzen dieß theilweise, und die Ungewißheit, wann dieselben im Drucke erscheinen werden, mußte von längerem Zuwarten abhalten.

Der I. Titel „Von den Handelsgeschäften im Allgemeinen" bringt im I. Abschnitt „den Begriff der Handelsgeschäfte" und darunter in Art. 213 die an sich ganz richtige Vorschrift, daß die Gültigkeit eines Handelsgeschäfts nicht aufgehoben ist, wenn der Partei wegen ihres Amtes oder Standes untersagt ist, Handel zu treiben, bezüglich deren jedoch klar ist, daß sie mit der Definition der Handelsgeschäfte nichts zu thun hat, und in den folgenden Abschnitt gehört. —

Die beiden anderen Artikel bestimmen, was für den Kaufmann und den Nichtkaufmann als Handelsgeschäft gilt. An der Spitze des Ersteren (Art. 211) steht der dem Entwurfe vom Jahre 1849 Tit. I. Art. 4 entnom-

Digitized by Google

mene Grundsatz, daß alle Geschäfte eines Kaufmannes, in welchen sein Gewerbe besteht, oder durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird, als Handelsgeschäft anzusehen sind. Abgesehen von den Bedenken, welche ich in meinem ersten Aufsatze No. 9 dieser Zeitschrift über die Art der Begriffsbestimmung vortrug, halte ich, obwohl Brinckmann, Archiv für civil. Praxis, Jahrgang 1849 S. 390 ff. sie verwirft, diese Bestimmung im Vergleiche mit französischem H.G B. Art. 631 ff. und selbst im Vergleiche mit dem jenen verbessernden badischen H.G.B. Art. 1 für sehr gelungen, da hierin ein allgemeiner Gesichtspunkt gewonnen und die unrichtige Ausdehnung auf alle Geschäfte zwischen Handelsleuten vermieden ist. Hieran reihen sich in demselben Artikel zwei gesetzliche Vermuthungen, daß nemlich vorbehaltlich des theils allgemein erlaubten, theils auf den Inhalt der Urkunde beschränkten Gegenbeweises alle Verträge und alle Schuldscheine des Kaufmanns als Handelsgeschäfte gelten. Schließlich kommen zwei Ausnahmen, wonach der Kauf von Waaren oder Sachen, welche der Kaufmann für seine Haushaltung anschafft, sowie alle Verträge über unbewegliche Sachen kein Handelsgeschäft bilden.

Nach Art. 212 sind auch in Betreff von Nichtkaufleuten als Handelsgeschäft anzusehen: 1) der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen oder zu vermiethen, 2) die Uebernahme einer Lieferung von Waaren oder andern beweglichen Sachen, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft, 3) Wechselgeschäfte, 4) die Versicherungen gegen Prämie.

Von diesen als Hauptbestimmungen ausführlicher mitzutheilenden und zu prüfenden Sätzen ist zunächst zu erwähnen, daß nicht sie allein für die Zuständigkeit der Handelsgerichte maaßgebend sind, indem nach Art. 986 ff. abgesehen von Streitigkeiten aus Handelsgesellschaften nicht Klagen, sondern nur Widerklagen aus Handelsgeschäften gegen Nichtkaufleute vor die Handelsgerichte gehören, übrigens für die Rheinprovinz hierüber besondere Bestimmungen in Anmerkung * zu Buch VI. vorbehalten sind. Ferner sind dort eine Menge Einzelnvorschriften über die Zuständigkeit der Handelsgerichte gegenüber den Kaufleuten gegeben.

Die bezüglich der Verträge der Kaufleute in Art. 211 aufgestellte Vermuthung stammt aus dem Entwurfe vom Jahre 1849 Tit. I. Art. 5 und wird in dessen Motiven selbst als eine allen anderen Gesetzen fremde Generalisirung bezeichnet, jedoch als zweckmäßig empfohlen, weil der Dritte oft nicht nachweisen könne, daß ein Vertrag für oder zum Zwecke des Gewerbes des Kaufmanns abgeschlossen, daher dem Kaufmann der Beweis des Gegentheils aufzubürden sei. Allein Brinckmann, Archiv für civil. Praxis Jahrgang 1849 S. 394 bemerkt mit Recht, daß dieß viel zu weit geht, und wenn man bedenkt, daß persönlicher Verhaft zufolge Art. 1022 des preußischen Entwurfs zur Vollstreckung jeder Verbindlichkeit eines Kaufmanns aus Handelsgeschäften zulässig sein soll, so muß man sich entschieden dagegen aussprechen, da es den Kaufmann gegenüber allen andern Ständen in die ungünstigste Lage brächte, mit seiner Freiheit die Rechnung eines Handwerksmannes bezahlen zu müssen, wenn er den oft kaum möglichen Beweis nicht zu führen vermag, daß der betreffende Vertrag mit seinem Handelsgewerbe in keinem Zusammenhange steht.

Bezüglich der Schuldscheine der Kaufleute ist der Entwurf noch strenger, da hier der Gegenbeweis nur insoweit zulässig sein soll, als er sich aus der Urkunde selbst ergibt. Jeder Praktiker weiß, daß meistens, wenn es sich nicht gerade um Darleihen handelt, der Verpflichtungsgrund in den Urkunden fehlt, und so wird es häufig geschehen, daß ein bedrängter Kaufmann z. B. seinem Schneider eine allgemein lautende Schuldverschreibung gibt; soll nun durch eine solche Auslassung die Sache plötzlich ein Handelsgeschäft werden? soll jede kaufmännische Schuldurkunde ohne Titel oder mit einem die Existenz eines Handelsgeschäfts nicht geradezu ausschließenden Titel den Aussteller dem persönlichen Verhaft aussetzen, während dies bisher stets als auszeichnendes Merkmal der Wechsel galt?

Auf der anderen Seite kann der unredliche Kaufmann diese Vorschrift dazu mißbrauchen, eine wirklich handelsmäßige Schuld der handelsrechtlichen Strenge zu entziehen, indem er in der Urkunde darüber einen dem Dritten oft bedeutungslos dünkenden Satz einschaltet.

Meines Erachtens müssen diese beiden Sätze gestrichen, und dafür die von Brinckmann a. a. O. vorgeschlagene Bestimmung aufgenommen werden, daß im Zweifelsfalle die Verträge des Kaufmanns als Handelsgeschäft gelten.

Damit wäre den Competenzstreitigkeiten ein Ende gemacht, und würde es beiden Theilen freistehen, den richtigen Sinn eines Schuldscheins darzuthun, indem dann nicht lediglich dessen Inhalt, sondern zugleich das ursprüngliche Rechtsgeschäft entscheidet Hat ein Schuldschein nicht die charakterische Form des Wechsels, so liegt kein Grund

Digitized by Google

vor, ihn bezüglich der hier besprochenen Frage strenger zu behandeln, als eine undenrkundete Schuld der gleichen Art. Will sich Jemand für eine nicht handelsrechtliche Forderung die Vortheile des Handelsgesetzes zu seiner Sicherung verschaffen, so mag er sich einen Wechsel ausstellen lassen.

Die erste Ausnahme hinsichtlich der Anschaffungen für die Haushaltung des Kaufmanns ist zwar Seite 25 des Entwurfs vom Jahr 1849 in den Motiven als selbstverständlich bezeichnet, allein deren Aufnahme ist zur Beseitigung von Zweifeln zweckmäßig. Deren Fassung im preußischen Entwurfe ist jedoch unrichtig, da sie blos vom Kaufe und von der Haushaltung spricht, während sie auf alle Anschaffungen für die gewöhnlichen Bedürfnisse des Kaufmanns, seiner Familie und seiner Haushaltung lauten sollte. Denn es unterliegt gewiß keinem Zweifel, daß die Miethe eines Wagens zum Spazierenfahren, die Benützung einer belletristischen Leihbibliothek, der Beizug eines Arztes und Aehnliches ebensowenig unter den Begriff von Handelsgeschäft fällt, als der Einkauf der täglichen Nahrungsmittel.

Allerdings folgt alles dieß aus dem erwähnten Grundsatze, indessen wenn man die besondere Aufführung einer Ausnahme für gut hält, muß man sie in ihrer ganzen Tragweite und auch in Bezug auf verwandte Verhältnisse geben, damit nicht neue Zweifel entstehen, ob nemlich das nicht genannte Gleichartige anders zu behandeln sei, als das namentlich Aufgeführte.

Die zweite Ausnahme, daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind, wird im Entwurfe vom Jahr 1849 S. 10 damit gerechtfertigt, daß eine gewisse Schwerfälligkeit im Verkehre für Liegenschaften heilsam sei, und daß in Beziehung auf dieselben die Gesetze namentlich über Transscription, Dienstbarkeiten ꝛc nicht in das Handelsrecht gehören und zu schwierig sind, als daß deren Anwendung den Handelsgerichten anvertraut werden könne. Es ist dieß vollkommen zu billigen, wie auch Brinckmann a. a. O. S. 375. 376 anerkennt, der dort nur bemerkt, daß der Entwurf vom Jahr 1849 zu einer unrichtigen Folgerung komme, wenn er deßhalb auch die Anschaffung von beweglichen Sachen, um sie zu einer unbeweglichen Sache zu verarbeiten und dann weiter zu veräußern (z. B. der Bau eines Hauses auf Spekulation), von den Handelsgeschäften ausschließe. Dieser wohlbegründete Tadel trifft aber den preußischen Entwurf nicht, der in Art. 1. Ziff. 6 den gewerbsmäßigen Unternehmer von Bauten zu den Kaufleuten zählt, und in den Motiven zu dieser Stelle ausdrücklich bemerkt, daß ein Geschäft, welches die Herstellung einer unbeweglichen Sache bezwecke, immerhin die Natur eines Handelsgeschäfts haben könne. Es darf mithin die hier in Frage stehende Bestimmung des Art. 211 nicht so verstanden werden, daß jeder Vertrag, welcher sich auf eine unbewegliche Sache bezieht, gemeint sei, sondern es fällt nur der Vertrag darunter, dessen unmittelbarer Gegenstand ein bereits vorhandenes Immobile ist; also z. B. nicht der Vertrag zum Neubau von Eisenbahnen, oder auch die Lieferung von Material für eine bereits vorhandene Eisenbahn, selbst wenn der Lieferant z. B. die zu liefernden Befestigungskloben selbst anschlägt, denn hier ist Material und Arbeit Gegenstand des Vertrages, und deren Verwendung in und für eine unbewegliche Sache ist ein unwesentlicher Nebenpunkt, welcher die Natur des Vertrages nicht ändern kann. Natürlich setze ich bei diesen Beispielen voraus, daß die übrigen Erfordernisse einer Handelssache nach Art. 1. 211. 212 des Entwurfs vorhanden sind. —

Wenden wir uns nun zu Art. 212, so fällt es auf, daß im ersten Absatze der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen oder zu vermiethen, als Handelsgeschäft von Nichtkaufleuten erklärt wird, denn wenn auch Brinckmann a. a. O. S. 396. 374 in seinen Bemerkungen zu dem gleichlautenden Entwurf vom Jahr 1849 Tit. 1. Art. 7 Ziff. 1 mit Unrecht beanstandet, daß ein Miethen zum Zwecke des Wiedervermiethens überhaupt ein Handelsgeschäft sei (man denke an einen Leihbibliothekar, der einen Theil seiner Bücher von einem Antiquar miethet), so ist doch dessen Bemerkung hinsichtlich der Nichtkaufleute richtig.

Allein der gleiche Tadel trifft den Entwurf bezüglich des Kaufes zum Zwecke des Weiterverkaufes, und es ist nicht die Form des Vertrags, sondern ein anderer Umstand, auf welchen sich derselbe gründet. Wenn man einen Freund hat, der sich ein seltenes Buch wünscht, und man kauft es von einem Antiquar, bei welchem man es zufällig sieht, in der Absicht, es jenem Liebhaber um den gleichen Preis zu überlassen; oder wenn ein Freund keinen Kredit hat, und man daher bei dem Pferdeverleiher ein Pferd miethet, um es Jenem gegen den nemlichen Miethzins zu vermiethen, so wären dieß nach dem Entwurfe Handelsgeschäfte, und doch wird sich das Rechtsgefühl entschieden dagegen sträuben. Der Grund hievon

Digitized by Google

liegt darin, daß bei jenen Geschäften nicht von einer Spekulation, sondern nur von einer Gefälligkeit die Rede ist, und dieß muß der Gesetzgeber beachten, indem er nach dem Beispiele des badischen H.G.B. Art. 1 Abs. 3 und dem spanischen H.G.B. Art. 359 als wesentliches Erforderniß aufnimmt, daß der Kauf und die Miethe in der Absicht geschehen muß, um die fragliche Sache zur Erzielung von Gewinn weiter zu verkaufen oder zu vermiethen. Brinckmann, Handelsrecht §. 2 Note 1 wendet zwar dagegen ein, daß diese Absicht nicht immer vorhanden sei, z. B. wenn man von seinem Schuldner Waaren zu hohem Preise kauft, um die gefährdete Forderung compensiren zu können. Allein dieß widerlegt meine Ansicht keineswegs, denn sind es Waaren, die man behalten will, so liegt auch nicht der Schein eines Handelsgeschäfts vor, andernfalls ist es kein Unglück, wenn ein solcher Fall, in welchem sich der Nichtkaufmann nur vor Schaden bewahren will, der Strenge des Handelsgesetzes nicht unterworfen wird, und ich halte dieß sogar für eine zweckmäßige Folge jenes Grundsatzes.

Dagegen glaube ich, daß man den Erwerb durch Tausch dem Kaufe gleichstellen sollte, da er unter den obigen Voraussetzungen eben so gut, wie dieser, die Merkmale eines Handelsgeschäfts hat.

Der Ausdruck „bewegliche Sachen" entspricht nicht den andern Gesetzen, indem das badische H.G.B. Art. 1 „Erzeugnisse und Waaren," französisches H.G.B. Art. 3 „denrées et marchandises," das holländische H.G.B. Art. 3 „marchandises" gebraucht, doch scheint er mir gut gewählt, da die Beschaffenheit der beweglichen Sache einer Spekulation nicht ihren Charakter benimmt, und z. B. auch der, welcher ein seltenes Thier kauft, um es auf Gewinn weiter zu veräußern, in Wahrheit ein Handelsgeschäft macht, obwohl keine Waare in Frage steht.

Während in Art. 2 Ziff. 1 auch die vorgängige Verarbeitung erwähnt ist, schweigt unser Art. 212 darüber, und im Vergleiche mit dem sonst zum Muster dienenden Art. 7 des Entwurfs vom Jahre 1849, welcher diese Bestimmung aufgenommen hat, scheint es mir eine absichtliche Auslassung zu sein. Demnach gilt es nicht als Handelsgeschäft, wenn der Nichtkaufmann eine bewegliche Sache kauft, um sie verarbeitet weiter zu verkaufen oder zu vermiethen, und ich halte dieß für gut, weil ein solcher Fall, sofern kein gewerbsmäßiger Betrieb vorliegt, der ja schon unter Art. 2 Ziff. 1 gehört, allerdings noch weniger, als das in Art. 2 Ziff. 2 ausgenommene Handwerk, die Natur eines Handels hat. Ist eine gewisse Aehnlichkeit auch nicht zu verkennen, so darf man nicht außer Acht lassen, daß es keineswegs zweckmäßig ist, das Gebiet des Handelsrechts weiter auszudehnen, als streng nothwendig erscheint.

Die ausdrückliche Aufführung der wechselrechtlichen Geschäfte in Art. 212 ist deßhalb geboten, weil dies nicht blos, wie Brinckmann, Archiv für civil. Praxis Jahrgang 1849 S. 396 meint, für die Competenz der Handelsgerichte, sondern auch für andere Punkte (z. B. Art. 220 des preußischen Entwurfs) wichtig ist, und weil überdieß der preußische Entwurf bei seinen Competenzbestimmungen nach der obigen Bemerkung keine Gelegenheit hatte, davon zu sprechen.

Daß in der Schlußbestimmung des Artikels nur die Versicherungen gegen Prämie, und nicht auch die gegenseitigen Versicherungen genannt sind, scheint mir ganz richtig, da letztere nur eine Vertheilung des Verlusts, keinen Gewinn bezwecken. Die auf dem Lande häufigen Fälle, daß die Viehbesitzer einer Gemeinde zusammentreten, um das den Einzelnen treffende Unglück gemeinsam zu tragen, zeigen, wie keineswegs eine Spekulation zu Grunde liegt.

Uebrigens ist die dem Entwurfe vom Jahr 1849 Tit. I. Art. 7 entnommene Fassung dieser Bestimmung ungenau, weil sie ebensogut auf den Versicherten als auf den Versicherer paßt, während nach den Motiven des Entwurfs vom Jahre 1849 nur der letztere gemeint ist. Es ist also hier der Fall verstanden, wenn Jemand, ohne daraus ein Gewerbe zu machen, in einem einzelnen Falle Anderen gegen Bezahlung von Prämien eine Versicherung gibt, und es ließe sich auch nicht rechtfertigen, wenn jeder Vertrag, wodurch eine Versicherung genommen wird, ein Handelsgeschäft sein sollte, da z. B. der, welcher seine Fahrnisse bei der deutschen Phönix-Gesellschaft versichert, keine Spekulation im Sinne hat. Dieß muß aber auch das Gesetz ausdrücken, indem es etwa so gefaßt wird: „die Uebernahme von Versicherungen gegen Bezug von Prämien."

Im II. Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte" finden wir zunächst die altbekannte Rechtswahrheit des L.R.S. 1156, sodann Bestimmungen über Sammtverbindlichkeit, Sorgfalt, Schadenersatz, Strafgeding, Haftgeld, Verletzung über die Hälfte, Aufrechnung von Zahlungen, Zinsen und Aufträge, von denen für uns nur Einiges neu ist.

In Art. 215 wird nemlich für Handelsgeschäfte die

Digitized by Google

Sammtverbindlichkeit als Regel erklärt, sofern nicht aus dem Vertrage das Gegentheil hervorgeht.

Vertragsmäßige Zinsen sind für Schulden der Kaufleute aus Darleihen und Handelsgeschäften an kein gesetzliches Maas gebunden. (Art. 223.) Der Kaufmann darf für Besorgung eines handelsmäßigen Auftrags Belohnung fordern, und ein solcher Auftrag erlöscht nicht durch den Tod des Gewaltgebers. (Art. 227. 228.) Wenn man dieß Alles als zweckmäßig anerkennt, so verdient es doch keine Billigung, daß zufolge Art. 222 die gesetzlichen Verzugszinsen aus Handelsgeschäften vom Verfalltage an nur den Kaufleuten unter einander und dem Kaufmann gegenüber dem Nichtkaufmann gebühren, während die Gerechtigkeit gebietet, daß dem Nichtkaufmann die gleiche Befugniß gegen den Kaufmann eingeräumt wird. Dagegen ist es nicht nothwendig, mit dem bad. H.R.S. 109c in Handelsgeschäften überhaupt, also auch unter Nichtkaufleuten, diese Zinspflicht zu verordnen.

Oeffentliche Kreditpapiere, d. h. Papiere auf den Inhaber und die im gemeinen Handelsverkehr befindlichen Papiere auf bestimmten Inhaber werden als Waaren erklärt. — Solche Papiere auf bestimmten Inhaber, das vom Schiffer ausgestellte Connossement, die vom Frachtführer gezeichnete Doppelschrift des Frachtbriefes und der Ladeschein, nicht aber auch die gewöhnlich z. B. Brinkmann, Handelsrecht. §. 80. 81 hierin gleichgestellten Schlußnotas des Mäklers und Auslieferungsscheine, können durch ein auf das Papier oder auf ein mit demselben verbundenes Blatt (Allonge) geschriebenes Indossament übertragen werden und selbst das Blanko Indossament ist zulässig. (Art. 229—231.)

Die Bestellung eines Faustpfandes zu Gunsten eines Kaufmanns für dessen Forderung aus Handelsgeschäften ist allen Förmlichkeiten enthoben, nur wird bei den Papieren auf bestimmten Inhaber das Indossament verlangt. Im Falle eines schriftlichen Faustpfandvertrages überhaupt und im Falle einer besonderen Uebereinkunft bezüglich Faustpfänder, welche einen bestimmten Kurs haben, kann der Gläubiger auf kurzem Wege seine Befriedigung erwirken.

Das kaufmännische Faustpfand haftet auch für alle anderen Forderungen an den Schuldner, welche nach dessen Bestellung und vor Tilgung der eigentlichen Forderung aus Handelsgeschäften entstanden sind. (Art. 232—235.) Code Napoléon Art. 2084 hatte das kaufmännische Faustpfand gleich jenem der Leihhäuser von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzes befreit, was allerdings der badische Uebersetzer wesentlich beschränkte, indem er jenes Vorrecht von dem Vorhandensein besonderer Gesetze abhängig machte. (Brauer, Erläuterungen Bd. IV. S. 105 mit S. 81. Treffurt, Zusätze zu Zach. §. 368.) Erst durch das Gesetz vom 6. April 1854 Reg.-Bl. No. 20 wurde die Sache für Leihhäuser allgemein geregelt, und bezüglich des Handelsrechts ist dieß nie geschehen, so daß das kaufmännische Faustpfand bei uns den landrechtlichen Bestimmungen unterworfen ist, wenn man nicht etwa das Vorzugsrecht des Commissionärs als eine Ausnahme betrachten will. Badisches H.G.B. Art. 93 vor seiner Abänderung durch das Gesetz vom 28. April v. J. und Art. 221. — Uebrigens ist das französische H.G.B. in Art. 95 jenem Gedanken des Code Napoléon theilweise untreu geworden, und auf Grund dieses Artikels herrscht in der französischen Praxis im Wesentlichen die nämliche Ansicht, welche für Baden eine Folge der veränderten Fassung von L.R.S. 2084 ist. Pardessus cours de droit comm. V. pariser Ausgabe Bd. II. No. 485 und 487.

Wenn nun der preußische Entwurf jener freieren Auffassung huldigt, so entspricht dieß nicht allein dem Bedürfniß des Handels nach wenigst möglich gehemmter Bewegung, sondern auch einer Hauptgrundlage des Handels, nemlich dem Vertrauen auf die gegenseitige Redlichkeit, welches Vertrauen überhaupt dem deutschen Geiste mehr zusagt, als die überall Betrug befürchtende Aengstlichkeit der französischen Gesetzgebung, wie sie in der Beschränkung des Zeugenbeweises ihren bezeichnendsten Ausdruck gefunden hat. (?)

Da die Zulässigkeit des Blanko Indossaments sogar bezüglich der Wechsel seine Gegner hat (Brauer, allgemeine deutsche Wechselordnung Note 1 zu §. 12), so darf man um so mehr bezweifeln, ob der preußische Entwurf gut that, dasselbe in der oben erwähnten Bestimmung des Art. 231 außer für öffentliche Creditpapiere auf bestimmten Inhaber, wo es ganz am Platze ist, auch noch für Connossemente, Frachtbriefe und Ladescheine zu erlauben, zumal solche Urkunden nichts mit dem Wechsel gemein haben und sich nur auf den Waarenverkehr beziehen, bei welchem diese Formlosigkeit der Uebertragung kaum nothwendig und wegen Begünstigung übertriebener Spekulationen vielfach schädlich sein wird.

Die Uebertragbarkeit dieser Urkunden überhaupt d. h. ohne Rücksicht auf die Form ist auch im Entwurfe vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 39 ff.; ferner im französischen

Digitized by Google

H.G.B. Art. 578 und im holländischen H.G.B. Art. 238 anerkannt, weßhalb sie Brinckmann, Handelsrecht §. 79 Note 5 und 6 mit Unrecht bezüglich des Frachtbriefes bestreiten dürfte.

Der angeführte Artikel des französischen H.G.B. hat im badischen H.G.B. Art. 242 durch Uebersetzungsmißverständniß die von Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 556 Note 22 und neuerlich wieder von Brinckmann a. a. O. §. 79 Note 3 u. 6 gerügte fehlerhafte Fassung erhalten, daß dort von einem Verkaufe auf die Einkaufsverzeichnisse (Fakturen) oder Frachtbriefe gesprochen wird, während der Urtext den Verkauf auf Connossemente und Frachtbriefe erwähnt, für beide aber noch die gleichzeitige Aushändigung der Faktura, sei sie Einkaufsverzeichniß oder Verkaufsauftrag, vorschreibt. Brauer Erläuterungen Bd. IV. Bem. 11. Lit. c. S. 538 kommt in seinem Irrthume so weit, daß er von einem Verkaufe auf das Einkaufsverzeichniß allein redet, mithin den Frachtbrief ganz außer Acht läßt, welcher doch wahrlich die wichtigste Urkunde bezüglich der in Sendung begriffenen Waaren ist.

Der III. Abschnitt „Abschließung der Verträge in Handelsgeschäften" enthält in Art. 236—240 einige anerkannte Regeln darüber, wie lang man bei mündlichen und schriftlichen Anerbietungen an dieselben gebunden ist, und entscheidet die bekannte Streitfrage über Verträge zwischen Abwesenden nach der von Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. VIII S. 235. 257 scharfsinnig begründeten Ansicht dahin, daß der Vertrag als in dem Zeitpunkte und an dem Orte abgeschlossen gilt, in welchem die Erklärung der Annahme abgesandt worden ist. — Bedingte Annahme gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage. —

Wenn einem Geschäftsfreunde oder einem Kaufmanne, der sich gewerbsmäßig damit befaßt oder sich dazu erboten hat, ein Auftrag ertheilt wird, so gilt derselbe als angenommen, sofern nicht unverzüglich ablehnende Antwort erfolgt.

Im Falle der Ablehnung müssen die mit dem Auftrage übersandten Waaren auf Kosten des Auftraggebers vor Schaden bewahrt werden. Die letzteren Bestimmungen sind eine gute Generalisirung unseres H.R.S. 92a c. — Eigenthümlich nimmt sich die Vorschrift des Art. 236 aus, wonach schriftliche Abfassung der Verträge, soweit sie nicht das Gesetz gebietet, als unnöthig erklärt wird, während der preußische Entwurf doch in den wichtigsten Fällen, z. B. bei Gesellschaftsverträgen, bei Versicherungsverträgen und bei Schiedsverträgen die Schriftlichkeit unter Androhung der Nichtigkeit verordnet, mithin eigentlich die Ausnahme die Regel bildet.

Im IV. Abschnitt „Erfüllung der Verträge in Handelsgeschäften" finden sich sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen über Ort, Zeit und Art der Erfüllung, bezüglich deren auf L.R.S. 1246 1247 sowie auf den alten Satz „quod sine die debetur, statim debetur" verwiesen werden kann. Auch über Berechnung der Fristen wird viel gesagt, wobei L.R.S. 1187 einigermaßen abgeändert wird, indem dessen Vermuthung, das Verfallziel sei zu Gunsten des Schuldners bedungen, nicht in Art. 247 übergangen ist. Fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so gilt der nächste Werktag als Tag der Erfüllung (Art. 244), was sich auch in §. 92 der allgemeinen deutschen Wechselordnung findet. Maaß, Gewicht, Münzsorten und Entfernungen sind im Zweifel nach dem Erfüllungsorte zu beurtheilen, übrigens dort nicht gangbare Münzsorten nach dem Wechselkurse dieses oder des nächsten Wechselplatzes zu berechnen. (Art. 249 verglichen mit §. 37 der allgemeinen deutschen W.O.)

Zum V. Abschnitt „Aufhebung der Verträge in Handelsgeschäften wegen Nichterfüllung" darf auf L.R.S. 1184 verwiesen werden. Neu ist die Bestimmung des Art. 251, wonach das Gericht den Kläger ermächtigen kann, in bestimmter Frist dasjenige, was der andere Theil zu leisten hat, auf dessen Kosten anzuschaffen. Dieß ist in unserer bürgerlichen Pr.O. in §§. 939. 940 944 nur bezüglich persönlicher Arbeiten und Leistungen, nicht aber auch hinsichtlich der Lieferung von bestimmten oder unbestimmten beweglichen Sachen gestattet, und ich halte dieß für richtiger, wie es auch der Entwurf in Art. 274 für die Verträge über Lieferung einer Quantität vertretbarer Sache gegen einen bestimmten Preis annimmt.

Zufolge Art. 253 sind die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes, nach welchen die Nichterfüllung von Rechtswegen Vertragsauflösung zu Gunsten des andern Theils wirkt, auch auf Handelsgeschäfte anwendbar, so daß z. B. bei uns L.R.S. 1657 in Gültigkeit bliebe.

An der Spitze des II. Titels „Vom Kaufe" ist durch Art. 254 die Mittheilung von Preislisten und Lagerverzeichnissen als unverbindlich erklärt, sofern dieselben

Digitized by Google

erkennbar für mehrere Personen aufgestellt sind oder die Waare, den Preis oder die Menge nicht bestimmen Es ist dieß ein in seiner allgemeinen Fassung bedenklicher Satz, welcher besser wegbliebe, da hier die Umstände des einzelnen Falls entscheiden, welche auch bisher von der Praxis richtig gewürdigt worden sind. Vrgl. Pardessus a. a. O. Bd. II. S. 7 und 8. Sodann werden der Kauf auf Besicht oder Probe, der Kauf nach Probe oder Muster, und der Kauf zur Probe in dem gebräuchlichen Sinne besprochen, welchen in der Handelswelt üblichen Ausdrücken sich noch viele andere beifügen ließen, wie sich aus Brinckmann, Handelsrecht §. 82 ff. ergibt. Man könnte solche Einzelnheiten wohl um so mehr ohne Anstand dem Handelsgebrauche überlassen, als eine erschöpfende Aufzählung doch nicht möglich ist, und als die technische Bedeutung derartiger Bezeichnungen jedem Kaufmann bekannt ist. Die Art. 259. 260. 261. 262. 263. 271 über Zeit und Ort der Uebergabe der Waare und der Zahlung, sowie Uebergang der Gefahr auf den Käufer entsprechen den L.R.S. 1609. 1247. 1651. 1614 und Art. 100 des französischen und badischen H.G.B.

Zweckmäßig wäre es gewesen, auch die Grundsätze der L.R.S. 1138. 1585 aufzunehmen. Besondere Erwähnung verdienen zwei zweckmäßige Bestimmungen, deren eine dem Verkäufer das Recht gibt, gegenüber dem säumigen Käufer gerichtliche Hinterlegung und bei Gefahr des Verderbens auch gerichtliche Veräußerung der Waaren auf Gefahr und Kosten des Käufers zu erwirken, (Art. 260 Abs. 2), und deren andere dem Verkäufer die Gefahr der Uebersendung der Waare zuweist, wenn er die deßfallsigen Weisungen des Käufers nicht befolgt. (Art. 262 Abs. 2.) Wegen Zahlung der Kaufkosten, ist in Art. 267 das Gleiche, wie in L.R.S. 1248. 1593. 1608 verordnet.

Die Verpackung und die Gefäße, in welchen die Waaren übergeben werden, gehören dem Käufer ohne Ersatz, sofern nicht Vertrag oder Handelsbrauch ein anderes bestimmen. Das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) kommt in Abzug, wenn sich der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waaren berechnet. Wie dieß zu ermitteln ist, ferner ob und wie das Gutgewicht und die Refaktie in Betracht kommt, entscheidet Vertrag oder Handelsgebrauch am Orte der Uebergabe. Art. 268. 269.

Die Frage wegen Gewährleistung für Fehler der verkauften Sache überläßt das französische H.G. ganz dem allgemeinen bürgerlichen Rechte, und das badische H.G.B. berührt sie in Art. 92 ae. 92 af und 92 ag nur bezüglich des Verhältnisses zwischen einem Auftraggeber und dem Commissionär, welcher den Einkauf von Waaren für diesen besorgt hat, allein die Praxis hat dieß längst auf alle Handelskäufe, und sogar auch auf Nicht-Handelsgeschäfte angewendet. (Annalen Jahrgang XXII. S. 365.) Der preußische Entwurf gibt hierüber in Art. 265 eine allgemeine Bestimmung wegen der Verjährung, welche für alle Klagen und Einreden aus Mängeln der verkauften Waare in sechs Monaten nach deren Uebergabe eintreten soll, sofern nicht durch besondere Gesetze oder durch den Handelsgebrauch eine kürzere Frist festgesetzt ist. Dieß erscheint in Vergleich mit der Unbestimmtheit des L.R.S. 1648 sehr zweckmäßig, und ebenso ist namentlich der Vorbehalt zu Gunsten kürzerer Fristen zu loben, da sechs Monate in manchen Fällen zu lang sein würden, z. B. für den bedeutenden Viehhandel, bezüglich dessen nach dem preußischen Entwurfe bei uns die kurzen Fristen des zufolge der Verordnung vom 25. August 1810 Reg.-Bl. No. 10 neben dem Landrechte fortbestehenden Gesetzes vom 20. Juni 1806 Reg.-Bl. No. 17 über die Viehmängel und deren Gewährung auch fernerhin in Gültigkeit bleiben würden.

Einreden sind übrigens dann von dieser Verjährung ausgenommen, wenn innerhalb jener sechs Monate dem Verkäufer Anzeige über den Mangel gemacht worden ist, und man darf auch wohl nicht soweit gehen, eine solche Anzeige als Unterbrechung der Verjährung von Klagen zu bezeichnen, denn wenn der Käufer zur Klagerhebung veranlaßt ist, wird er den Kaufpreis stets bereits bezahlt haben, und in diesem Fall kann man ihm allerdings zumuthen, seine Rechte binnen der sechs Monate gerichtlich zu verfolgen, zumal da sonst der Verkäufer übermäßig lang in Ungewißheit bliebe, welcher er nur etwa im Wege der Aufforderung zur Klage (bürgerliche Pr.O. §. 726 ff.) ein Ende machen könnte. Hat aber der Käufer den Kaufpreis noch in Händen, und macht rechtzeitig seine Anzeige über den Mangel der Waare an den Verkäufer, so liegt für ihn kein Grund vor, die Sache weiter zu betreiben, weßhalb ihm seine Einreden gegen des Verkäufers Klage bewahrt bleiben müssen, damit dieser nicht durch Verzögerung in Anforderung des Kaufpreises Vortheile erzielen kann.

Unrichtig erscheint es mir dagegen, wenn in Art. 264 des Entwurfs dem Käufer Sicherungsmaßregeln wegen Mängel der Waare nur dann gestattet sind, wenn ihm

Digitized by Google

die Waare von auswärts überſendet worden iſt, denn man darf ſchon nicht unterſcheiden, ob die Waare von auswärts, d. h. von einem anderen Orte oder aus demſelben Orte kommt, da in großen Städten die Entfernung zwiſchen zwei Kaufleuten oft viel größer iſt, als die zwiſchen den Bewohnern verſchiedener Orte, z. B. von Mannheim und Ludwigshafen.

Ferner liegt das entſcheidende Merkmal überhaupt nicht in dem Zuſenden der Waare, ſondern darin, ob der Käufer dieſelbe im Stücke ausgewählt hat oder nicht. Kann er im erſteren Falle ſich nur über verborgene Fehler beſchweren, ſo muß er im letzteren Falle berechtigt ſein, alle Mängel geltend zu machen, andern Theils aber auch verpflichtet ſein, dieß in einer gewiſſen Friſt zu thun, widrigenfalls ſein Stillſchweigen, namentlich im Handel, billig als Genehmigung der Waare ausgelegt wird. Was nun dieſe Vorſichtsmaßregeln ſelbſt betrifft, ſo ſind die Beſtimmungen des Entwurfs gleich den oben angeführten Sätzen des badiſchen H.G.B. mit einer richtigen Ausdehnung des Satzes 92ag auf alle verborgenen Mängel anwendbar, die bei der ſofortigen Unterſuchung nach regelmäßigem Geſchäftsgange nicht erkennbar waren; ferner gibt der Entwurf keine Vorſchrift, über die Friſt, in welcher die Anzeige über die Mängel an den Verkäufer zu geſchehen hat, ſondern bedient ſich der Ausdrücke „alsbald" und „ohne Verzug," was nach den unendlich verſchiedenen Fällen den Bedürfniſſen des Handels angemeſſen ſein dürfte.

Außerdem darf der Käufer den Zuſtand der Waare durch richterlich ernannte Sachverſtändige feſtſtellen und, ſofern ſie dem Verderben ausgeſetzt und Gefahr auf dem Verzug iſt, deren öffentlichen Verkauf vom Richter anordnen laſſen. Endlich iſt die Schlußbeſtimmung von 92ac durch Art. 265 des Entwurfs dahin ausgedehnt, daß der Käufer überhaupt für die einſtweilige Aufbewahrung des beanſtandeten Guts zu ſorgen hat.

Bei all dieſen Vorſchriften darf man nicht vergeſſen, daß durch die eben beſprochene Verjährung aller Reklamationen, mögen ſie auf zugeſendete oder unmittelbar ausgenommene Waaren, auf offene oder verborgene Fehler ſich beziehen, ein Ziel geſetzt iſt, ſofern nicht deren Geltendmachung im Wege der Einrede möglich und gewahrt iſt. Ferner muß man die Art. 264 und 266 ſo miteinander in Einklang bringen, daß natürlich nur bezüglich der Waaren, die nicht ſchon nach der erſteren Stelle als empfangen und genehmigt gelten, die Vorſchrift des Art. 266 über Verjährung zur Anwendung kommt, da die nach jener geſetzlichen Fiction als fehlerfrei anzuſehenden Waaren nicht mehr zu Anſprüchen wegen Mängeln Veranlaſſung geben können, mithin auch von einer Verjährung ſolcher Anſprüche keine Rede mehr ſein kann.

Von beſonderem Intereſſe ſind die letzten Artikel dieſes Abſchnitts, welche von den ſogenannten Börſengeſchäften handeln Im Allgemeinen huldigen ſie dem Grundſatze der Beſchränkung derſelben, und ich bin lebhaft überzeugt, daß dies durch die Geſetzgebungspolitik eben ſo ſehr geboten iſt, als die conſtante Praxis der franzöſiſchen Gerichte mit gutem Grunde einer großen Zahl von dieſen oft ſo verderblichen Speculationen die Klagbarkeit verſagt. Die entgegengeſetzte Anſicht iſt zwar von Ladenburg in Annalen XV. S. 110 ff., XXIII. S. 43, 47, 49, 50, 52, XXIV. No. 3 vertheidigt, und einige Urtheile badiſcher Gerichte ſind ihm ſcheinbar günſtig (übrigens auch nur ſcheinbar, da ſie ſich lediglich auf den Mangel des Beweiſes der Abſicht, zu ſpielen, ſtützen), allein ich halte dieſelbe für ganz unrichtig, indeſſen iſt hier nicht der Ort, auf dieſe Streitfrage einzugehen, ſondern es genügt die Hinweiſung auf jene von Zachariä, fr. C.R. Bd. II. §. 386 angenommene und von Gilbert Note 2—16 zu Art. 1965 des Code Napoléon belegte Praxis, welche ſogar für den Geſetzgeber noch bedeutſamer wäre, wenn ſie ſich in Folge innerer Nothwendigkeit gegen den Willen des Geſetzes gebildet hätte.

Dieſer richtige Grundſatz iſt aber im preußiſchen Entwurfe nicht glücklich durchgeführt, denn in Art. 272 iſt vorgeſchrieben, daß Börſengeſchäfte auf Lieferung vertretbarer Sachen gegen einen beſtimmten Preis nach den Regeln des Kaufs beurtheilt werden ſollen. Bedeutet dies, daß ſie nur Gültigkeit haben, wenn ſie den geſetzlichen Erforderniſſen des Kaufvertrags entſprechen, ſo ſchließt dies den reellen Tauſch aus und trifft nicht die beſonders verderblichen Heuergeſchäfte und andere ähnliche. Soll es heißen, daß alle Geſchäfte der Art als Kauf gelten, ſo hat es keinen Zweck.

(Fortſetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 17.**

I.

Ueber die Handelsgerichte und das handelsgerichtliche Verfahren nach den Vorschriften des Handelsgesetzentwurfs für Deutschland.

(Schluß von No. 13 und 15.)

3) Ein schriftliches Verfahren ist in dem Entwurfe nirgends ausdrücklich ausgeschlossen, aus dem Grunde, weil, wie oben bemerkt, der Entwurf lediglich die preußische Prozedur voraussetzt. Es begreift sich nun aber leicht, daß ein schriftliches Verfahren vor einem Handelscollegium eine absolut unmögliche Sache ist, wenn nicht der Beizug von kaufmännischen Beisitzern lediglich Formalität sein soll. Ebensowenig dürfte damit erreicht werden, daß alle Vorträge der Parteien, alle Beweiserhebungen mit der Ausführlichkeit und ängstlichen Genauigkeit protokollirt werden müssen, wie dies bei uns in gewöhnlichen Civilstreitigkeiten geschieht, und naturgemäß nach unserem Verfahren geschehen muß, was aber freilich eigentlich nicht mehr „mündliches Verfahren" genannt werden kann.

Bei unappellablen Handelssachen braucht außer dem motivirten Urtheile gar nichts geschrieben zu werden, bei appellablen aber dürfte ein kurzes Protokoll über die erheblichen Behauptungen der Parteien und über die Beweiserhebungen so gut genügen als in Frankreich. Eine Bestimmung in dieser Richtung wäre daher höchst wünschenswerth.

(Nach dem französischen Verfahren werden bei solchen Prozeduren in der Sitzung selbst nur kurze Notizen durch den Secretär entworfen, welche später ausführlicher ausgearbeitet werden. Wollte man unser jetziges, aktenfüllendes Protokollschreiben im Handelsverfahren beibehalten, so würde, wie schon oben bemerkt, die Aufmerksamkeit der kaufmännischen Beisitzer von der Hauptsache abgelenkt, und dürfte sicher nicht das Resultat erzielt werden, welches man bei den rheinischen Gerichten wahrnimmt, daß nämlich in einem Jahre oft Tausende von Entscheidungen erfolgen, ohne daß die mühselige Arbeit dazu nothwendig wäre, welche bei unsern Gerichten so häufig anzutreffen ist.)

Von selbst wird es sich verstehen, daß in Handelssachen die Vorschrift des §. 221 der Pr.O. wegfallen muß. *)

*) Eine Vorschrift, wie die des § 221, ist den neuern Gesetzgebungen unbekannt, welche vielmehr den Parteien überlassen, am Sitze des Gerichts selbst Vertreter aufzustellen, wozu freilich die Organisation der Gerichte, sowie der dabei funktionirenden Bevollmächtigten der Parteien, die Hand bieten muß, wie z. B. in den Rheinlanden bei jedem Collegialgerichte Anwälte, bei jedem Handels- und Friedensgerichte aber sonstige geübte Vertreter zu finden sind, wie namentlich in Rheinhessen, wo die letztern unter ganz besonderer Aufsicht der Regierung stehen. In großen Ländern würde eine Bestimmung, wie die des §. 221, schon gar nicht durchführbar sein, und man würde sich namentlich in Frankreich schwerlich an eine Prozedur gewöhnen können, welche es ermöglichte, daß z. B. auf eine in Straßburg abgegebene Einrede die Replik allenfalls zu Marseille erfolgen könnte. Die Mündlichkeit des Verfahrens wird auch durch eine solche Vorschrift nicht gefördert, denn, wenn dem urtheilenden Richter von einem requirirten Gerichte ein dort protokollirter Vortrag einer Partei zugesendet wird, so ist eben dieses Protokoll für den urtheilenden Richter, welcher den Vortrag nicht aus dem Munde der Partei selbst vernommen hat, nichts anderes, als ein schriftlicher Vortrag, nur mit dem Unterschiede, daß er, statt durch die Partei oder deren Anwalt, durch eine Gerichtsperson zu Papier gebracht worden ist. (S. v. Feuerbach über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I. p. 196. 197.) Wenn ein Prozeß statt an einem, an mehreren Gerichten verhandelt wird, so steht zu befürchten, daß der requirirte Richter das, dem Prozesse zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, für ein ganz anderes hält, als der requirirende, daß der eine z. B. ein Darlehensverhältniß findet, wo dem andern eine Sozietät vorschwebt, daß der eine Angaben als unerheblich wegläßt, die dem andern vielleicht sehr erheblich geschienen haben würden. Am meisten aber

Digitized by Google

Dieser Artikel ist dazu bestimmt, das protocollarische Verfahren selbst dann möglich zu machen, wenn einer der streitenden Theile nicht am Sitze des Gerichts wohnt. In manchen Fällen, bei ganz einfachen Sachen, kann diese Gesetzesvorschrift möglicher Weise den Vortheil haben, daß einer Partei, welche keinen Anwalt hat, durch richterliche Beihülfe ermöglicht wird, die Aufstellung eines Anwaltes oder eine weite Reise an ein entferntes Gerichts zu ersparen Im Allgemeinen aber erscheint dieser Artikel als bedenklich, weil, wenn ein Prozeß stückweise bald vor diesem, bald vor einem andern Richter verhandelt wird, einer der Hauptvortheile der Prozeßdirektion, nämlich die planmäßige, einheitliche Leitung des Verfahrens, nothwendigerweise verloren gehen muß.

4) Der Umstand, daß die Handelsstreitigkeiten, so viel als möglich rasch zu Ende gebracht sein müssen, führt zu dem Resultate, daß beim Ausbleiben einer vorgeladenen Partei nicht erst noch eine zweite Tagfahrt zur Verhandlung anberaumt werden, sondern daß beim ersten Ungehorsame sogleich ein Versäumungserkenntniß erlassen werden muß. Wollte man in Handelsprozessen zwei Ladungen für nothwendig erachten, bis ein Versäumungserkenntniß ergehen könnte, so würde in Folge der dadurch entstandenen großen Verzögerung in kritischen Zeiten, wo der Preis einer Waare stündlich steigt oder fällt, und wo deßhalb die Erwirkung eines, trotz aller Rechtsmittel vollziehbaren, Urtheils dem Gläubiger vom höchsten Werthe sein muß, — für den Gläubiger nach Umständen unsäglicher Nachtheil erwachsen. Ebenso verhält es sich bei Wechselklagen, bei welchen sicher die Versäumungstheorie des §. 608 unserer Pr.O. am allerwenigsten am Platze ist.

5) Wenn der § 345 unserer Pr.O bestimmt, daß, wenn eine Partei in der Urtheilsverkündigungstagfahrt ausbleibt, ihr erst noch eine schriftliche Ausfertigung des Urtheils zugestellt werden muß, so ist dies deßhalb in Handelssachen ganz unpraktisch, weil mit dieser Vorschrift der Schuldner das leichteste Mittel zur Verzögerung in Handen hat, dadurch, daß er in der Verkündigungstagfahrt nicht erscheint. Schon im Allgemeinen ist eine Bestimmung unpassend, wonach es einer Partei ermöglicht wird, durch Ungehorsam die Wirkung eines gegen sie ergangenen Urtheils zu verzögern; in Handelssachen dürfte es aber vor Allem am Platze sein, zu bestimmen, daß, wenn in der Tagfahrt zur Urtheilspublikation ein Theil nicht erschienen ist, das Urtheil für eröffnet gilt, und 24 Stunden darauf vollstreckbar wird.

Sehr passend verfügt der Entwurf in Art. 1004, daß von den Parteien persönliches Erscheinen gefordert werden kann, in Art. 1007, daß das Handelsgericht das Vorhandensein von Handelsgebräuchen durch die kaufmännischen Gerichtsbeisitzer konstatiren lassen, und Gutachten von denselben erheben kann. Eine vorzügliche Bestimmung aber ist die der Art. 1009. 1010, wonach bei der Entscheidung über die Wahrheit oder Unwahrheit von Thatsachen die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Kraft gesetzt werden, und, sobald es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz handelt, der Richter berechtigt ist, unter Erwägung der Umstände, nach seiner Ueberzeugung und seinem freien Ermessen über die Existenz eines Schadens zu entscheiden, und die Entschädigungssumme festzusetzen. Diese Bestimmungen sind natürlich von der außerordentlichsten Wichtigkeit. Eine Anwendung positiver Beweisregeln für kaufmännische Geschäfte, die meistens mündlich und auf Treue und Glauben geschlossen werden, ist gewiß in hohem Grade bedenklich, und ebenso ist in den meisten Fällen der vollständige Nachweis eines erlittenen bestimmten Schadens unmöglich, selbst in Fällen, wo Jedermann überzeugt sein muß, daß ein Schaden vorhanden ist. Das Zustandekommen des Vertrags, dessen Erfüllung von Seiten des Gegentheils, das Vorhandensein eines Schadens abzuläugnen, ist immer das Hauptvertheidigungsmittel boshafter Schuldner, weßhalb es sehr anzuerkennen ist, daß man, wie im Straf-

---

leidet bei diesem Hin- und Herschicken der Akten das Haupterforderniß einer jeden Geschäftsbehandlung, die Gründlichkeit. Wenn, wie es häufig vorkommt, einem requirirten Richter Akten von bedeutendem Umfange und von verwickeltem Inhalte zugeschickt werden, mit dem Ersuchen, einer Partei irgend einen beliebigen Vortrag zu Protokoll zu nehmen (wobei ihm dann überlassen bleibt, um dieses einzigen Vortrages willen, zu dessen Abfassung ein Anwalt vielleicht Wochen gebraucht haben würde, sich in das ganze Material des Prozesses einzustudiren), so wird man begreifen, mit welcher Gründlichkeit hier oft zu Werke geschritten wird. Bedenkt man überdies, daß noch fortwährend darüber gestritten wird, auf welche Vorträge der §. 221 der Pr.O. eigentlich anwendbar sei, und erwägt man den Nachtheil, der den Parteien, welche Anwälte haben, dadurch zugeht, daß dieser §. auf Vorträge von Anwälten nicht anwendbar sein soll (was allerdings eine nicht geringe Verlegenheit der Parteien nach sich ziehen kann, wenn am Gerichtssitze selbst keine Anwälte zu haben sind, und schriftliches Verfahren selbst in Fällen nicht gestattet wird, wo Anwälte nicht entbehrt werden können), so wird man zu der Ueberzeugung kommen, daß die Abschaffung des §. 221 überhaupt, und dessen Ersetzung durch eine andere Bestimmung sehr wünschenswerth ist.

Digitized by Google

verfahren, so nun auch im Civilprozesse angefangen hat, die positiven Beweisregeln als unpraktisch bei Seite zu legen, und das gesunde Urtheil erfahrener Handelsleute an deren Stelle zu setzen; und es dürfte kaum zu bezweifeln sein, daß die, von den juristischen Beweisregeln entbundenen und vor Allem auf den gesunden Menschenverstand angewiesenen Handelsgerichte, auf die unsauberen Elemente der Handelswelt denselben Einfluß haben werden, welchen die Schwurgerichte erfahrungsgemäß au die Verbrecher geübt haben.

Zu den Art. 1012 bis 1016 ist von einem sogenannten Mandatsverfahren die Rede, welches unserem Zahlbefehlsverfahren etwa gleichkommt. Es sind die deßfallsigen Vorschriften der juristischen Gesetzgebung entlehnt, wonach auch bei den gewöhnlichen Gerichten, aber nur bei einem Streitgegenstande von höchstens 50 Thalern, bedingte Mandate erlassen werden, welche, wenn binnen 14 Tagen kein Einspruch erhoben wird, die Kraft eines Erkenntnisses erlangen, und auf Antrag des Klägers vollstreckt werden. Diese ganze Materie dürfte übrigens, weil ein Handelsgericht sich naturgemäß nur mit Erledigung eigentlicher Prozeßsachen beschäftigen kann, aus dem Gesetze über die Handelsgerichtsbarkeit zu verbannen sein, wie schon der §. 37 des badischen Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. März 1845 mit Recht alles Zahlbefehlverfahren dem gewöhnlichen bürgerlichen Gerichte überlassen hat.

Das Verfahren in den höheren Instanzen ist im Entwurfe in den Art. 1018—1020 nur kurz berührt, und sollen auch hier im Allgemeinen die gewöhnlichen Prozeßvorschriften zur Geltung kommen.

Was nun die Anwendbarkeit von Rechtsmitteln überhaupt anbelangt, so wäre streng genommen, nachdem ein Collegium in erster Instanz erkannt hat, dessen Majorität gar nicht aus Rechtsgelehrten besteht, und welches, ohne an Beweisregeln gebunden zu sein, lediglich nach seiner innern Ueberzeugung geurtheilt hat, ein Rechtsmittel der Appellation so wenig zulässig, als beim schwurgerichtlichen Verfahren.

Wollte man jedoch aus Billigkeit, und um das Nachbringen etwaiger neuer Thatsachen und Beweismittel zu erleichtern, noch eine Appellation gestatten, so dürfte dieses Rechtsmittel einestheils zu beschränken sein, und dürfte anderntheils sowohl die Besetzung des Appellationsgerichtes, als die Art der Prozedur bedeutenden Aenderungen unterliegen.

Bei uns, wo die erste Instanz lediglich aus Einzelrichtern besteht, ist es zur Uebung geworden, daß jeder Handelsprozeß, sobald es irgend die Umstände thunlich machen, die zweite und auch die dritte Instanz durchläuft. Daher kömmt auch bei uns die große Zahl der Appellationen, während in andern Ländern, wo kollegialisches Verfahren in erster Instanz existirt, überhaupt selten appellirt wird, und überdieß eine solche Erhöhung der Appellationssumme ohne Gefahr möglich gemacht wurde, daß eine Berufung in den meisten Fällen von selbst wegfällt. So beträgt die Appellationssumme des älteren französischen Verfahrens 1000 Franken, welche Summe in neueren Zeiten in Holland auf 600 fl., in Frankreich auf 1500 Franken und in Belgien sogar auf 2000 Franken erhöht worden ist, weil dort von dem gewiß richtigen Grundsatze ausgegangen wird, daß der Schwerpunkt der Justiz nicht in der zweiten, sondern in der ersten Instanz liegt, und daß deßhalb, nachdem ein Collegium in erster Instanz geurtheilt hat, eine zweite Instanz bei weitem nicht mehr so nothwendig ist, als wenn die Justiz in erster Instanz lediglich in den Händen des Einzelrichters ruhte. (So wurden nach amtlichen Mittheilungen gegen die sämmtlichen Urtheile der 32 holl. Bezirksgerichte im Jahre 1851 nur 276 Appellationen an den 11 Provinzialgerichten eingelegt, und im nämlichen Jahre erfolgten gegen die Urtheile des, 150,000 Einwohner zählenden Bezirks- und Handelsgerichts zu Zweibrücken nur z w e i Appellationen!)

In Baden könnte, wenn man unsere materiellen Zustände ins Auge faßt, die handelsgerichtliche Appellationssumme auf etwa 300 fl. erhöht werden.

Was nun die Zusammensetzung des Appellationsgerichtes anbelangt, so würde dasselbe, falls man das jetzige System beibehielte, bei uns aus fünf rechtsgelehrten Richtern bestehen, sowie dasselbe in Frankreich aus sieben rechtsgelehrten Richtern besteht.

Es begreift sich nun, daß, wenn in erster Instanz bereits fünf Richter geurtheilt haben, das Collegium zweiter Instanz aus mindestens sieben Personen bestehen muß. Unpassend wäre es übrigens, die zweite Instanz lediglich aus Juristen bestehen zu lassen, und derselben keine kaufmännische Elemente beizugeben.

So hat schon der §. 5 unserer Gerichtsorganisation vom 6 März 1845 bestimmt, daß außer den fünf rechtsgelehrten Mitgliedern noch zwei Handelsleute als Richter zweiter Instanz auftreten sollten, sowie auch die baierischen Handelsappellationsgerichte zum Theil aus Kaufleuten bestehen. Es wäre auch in der That äußerst unpassend, wenn

Digitized by Google

die juriſtiſche Anſchauungsweiſe eines, blos aus Rechtsgelehrten beſtehenden Appellationsgerichtes, im Stande ſein könnte, das Reſultat erſter Inſtanz gänzlich aufzuheben, nachdem das erſtinſtanzliche Urtheil ſich darauf ſtützt, daß die handelsmänniſchen Beiſitzer, nach ihrer ſubjektiven Ueberzeugung und Handelserfahrung einen Beweis als erbracht, oder als unzureichend, eine Behauptung als erheblich oder unerheblich vom kaufmänniſchen Standpunkte aus, erklärt haben. Da überdieß in der zweiten Inſtanz neue Thatſachen und neue Beweismittel vorgetragen werden dürfen, welche möglicher Weiſe ein ganz anderes Reſultat herbeiführen können, da ferner eine zweite Inſtanz nach Umſtänden, Thatſachen und Beweismittel anders beurtheilen könnte, als dieß in erſter Inſtanz geſchah, ſo gelangt man zu der Ueberzeugung, daß auch in zweiter Inſtanz die Beiziehung von Handelsleuten ebenſo nothwendig iſt als in der erſten, wenn auch deren Zahl nur ſo groß ſein ſollte als die der rechtsgelehrten Richter mit Ausſchluß des Präſidenten.

Was nun die Form des Verfahrens in zweiter Inſtanz anbelangt, ſo findet nach der preußiſchen Geſetzgebung, welche auch hier wieder zu Grunde liegt, das Appellationsverfahren vor einem Gerichtsdeputirten ſtatt, wobei jedoch die mündliche Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte niemals fehlen darf.

Das bei uns übliche Verfahren in zweiter Inſtanz, welches mit Ausnahme der Schlußverhandlung, lediglich ſchriftlich iſt, dürfte für Handelsſachen, zumal wenn kaufmänniſche Beiſitzer zu Gericht ſitzen, ſehr unpraktiſch erſcheinen. Wenn neue Thatſachen oder Beweiſe vorgebracht werden, verzögert ſich namentlich unſer ſchriftliches Appellationsverfahren in ſolcher Art, daß das Prinzip der raſchen Erledigung von Handelsſachen damit nicht wohl vereinbar erſcheint.

Der Art. 1018 beſtimmt nun, daß die Gerichte der höhern Inſtanz die Handelsſachen als dringende behandeln ſollen, und daß ſie die Friſt zur Entgegnung auf die Beſchwerdeſchrift abkürzen, oder mit gänzlichem Wegfall dieſer Schrift eine Tagfahrt zur Entgegnung und weiteren Verhandlung anberaumen dürfen. Dieſe Beſtimmung hat nun freilich nur das preußiſche Prozeßverfahren im Auge und dürfte daher mindeſtens für Baden allgemeiner und deutlicher zu faſſen ſein. Jedenfalls geht ſo viel daraus hervor, daß der Entwurf bezweckt, nach Umſtänden ein rein mündliches Verfahren in zweiter Inſtanz eintreten zu laſſen.

Zur paſſenden Behandlung von Handelsſachen in zweiter Inſtanz, zumal wenn Handelsleute mitzutheilen, gehört nun vor Allem, daß auf Einkunft der Beſchwerdeſchrift unter vollſtändiger Weglaſſung alles Schriftenwechſels, entweder ſofort Tagfahrt zur Rechtsausführung, oder, falls neue Thatſachen oder Beweismittel vorgetragen ſind, Tagfahrt zur Erklärung über dieſelben, und nöthigenfalls eine Tagfahrt zur Beweisantretung verordnet wird, daß über Alles dieſes nur kurze Protokolle verzeichnet werden, und daß alle Verhandlungen und Beweiserhebungen vor dem urtheilenden Gerichte ſelbſt geſchehen. Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß eigentlich nur ein ſolches Verfahren ein wahrhaft mündliches genannt werden kann, welches bei Handelsſachen ſchon deßhalb ſtattfinden muß, weil der urtheilende Richter, ſobald er nicht nach Beweisregeln, ſondern nach ſeiner ſubjektiven Ueberzeugung urtheilen ſoll, vor Allem die Beweismittel ſelbſt ſehen und hören muß.

Wenn nicht in dem Handelsgeſetzbuche ſelbſt beſtimmte Vorſchriften über das Verfahren zweiter Inſtanz getroffen werden, ſo würde in Baden auch in Handelsſachen, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet würde, in vielen Fällen die ſogenannte abgekürzte Appellation vor dem Unterrichter ſtattfinden, was in jeder Beziehung tief zu beklagen wäre. *) Dieſe Art der Appellationsverhand-

*) Dieſe unterrichterliche Appellation, welche in unſerem urſprünglichen Prozeßordnungsentwurfe nicht enthalten war, hat ſich nach den gemachten Erfahrungen keineswegs als eine Verbeſſerung gezeigt, vielmehr dürfte ſicher in Erfüllung gegangen ſein, was die Minorität der Commiſſion der erſten Kammer bezüglich dieſes Inſtitutes befürchtete. Zu bedauern iſt, daß nicht allein Prozeſſe bis zu 150 Gulden von der neuen Vorſchrift betroffen, ſondern eine bedeutende Anzahl beſtimmter Streitigkeiten, ihr Streitwerth mag ſo hoch ſein, als er will, ſo zu ſagen mit einem Federſtriche den Bagatellſachen gleichgeſetzt und in das unterrichterliche Appellationsverfahren hereingezogen wurden, wodurch die Zahl der vor den Obergerichten mündlich zu verhandelnden Prozeſſe auf die Hälfte herabgeſunken iſt. Weder die franzöſiſche, noch die preußiſche, noch die hannöver'ſche Pr.O. kennen ein Appellationsverfahren, in welchem, während die Mündlichkeit als Regel aufgeſtellt iſt, in ſo vielen Fällen von dieſem Prinzip ſo gänzlich abgewichen wird. Das Verfahren bei der abgekürzten Appellation iſt nun, weit entfernt ein mündliches zu ſein, bei uns ein rein ſchriftliches geworden. Denn darin, daß die Vorträge bei Amt protokollirt werden, kann ſicher ein mündliches Verfahren nicht gefunden werden. Der Oberrichter empfängt die Akten mit den Appellationsverhandlungen aus der Hand des Unterrichters, und urtheilt auf dieſe Akten hin nach Vortrag eines Referenten, ohne einen Vortrag aus dem Munde der Parteien ſelbſt zu vernehmen. Die Nachweiſung des Daſeins der

Digitized by Google

lung, bei welcher der urtheilende Richter lediglich durch ein Referat eines Gerichtsmitglieds vom Stande der Sache

Appellationssumme, der Rechtzeitigkeit der Appellation geschieht vor dem Unterrichter in einem Protokolle, auf welches hin der Oberrichter sein Erkenntniß fällt. Ein Verfahren, wobei der urtheilende Richter aber die Parteien selbst weder sieht noch hört, sondern wo alle Beschlüsse und Urtheile auf eine Relation hin erfolgen dürfen, ist sicher ein schriftliches Verfahren, und der Umstand, daß die dem Oberrichter zur Entscheidung vorgelegten Prozeßakten durch den Schreiber des Unterrichters geschrieben sind, statt durch den Schreiber des Anwaltes, kann die Verhandlung dem urtheilenden Richter gegenüber nicht zu einer mündlichen machen. Eine mündliche Verhandlung in zweiter Instanz erscheint aber, wie in den ältern Kammerverhandlungen (siehe Archiv für Rechtspflege, Beilageheft p. 37 ff.) mit Recht ausgeführt wurde, als ein unbedingtes Erforderniß, als eine rechtliche Nothwendigkeit, und muß daher vom Gesetze vorgeschrieben sein und nicht vom zufälligen Ermessen des Obergerichts abhängen. Daß der Beschwerdeführer in mündlicher Verhandlung zu dem Oberrichter unmittelbar selbst spricht und nicht durch Vermittlung des Unterrichters, über den er sich beschweren will, daß endlich der Appellat ebenfalls zu dem Oberrichter spricht, um das unterrichterliche Verfahren zu vertheidigen, dies Alles liegt eigentlich in der Natur der Sache. Daß der Oberrichter selbst sich über den wahren Sachverhalt aufklären, daß er selbst die Gründe und Gegengründe beider Parteien hören muß, daß mithin die mündliche Verhandlung vor dem Oberrichter kein überflüssiges Schauspiel ist, dies Alles liegt so sehr in der Natur der Sache, daß dieses Prinzip einer sachgemäßen und gründlichen Erörterung durch keinerlei Gründe der Bequemlichkeit, angeblichen Raschheit und Wohlfeilheit, welche die Appellation vor dem Unterrichter mit sich bringen soll, aufgewogen werden kann. So ist namentlich zu bedenken, welche Unbilligkeit daraus entsteht, daß der Appellat nur befugt ist, neue Thatsachen und Beweismittel namhaft zu machen, und daß, falls er solche nicht besitzt, oder das Gesetz solche nicht zuläßt, wie im §. 1173 der P.O., das Urtheil zweiter Instanz ergeht, ohne daß der Appellat überhaupt gehört worden ist. Die abgekürzte Appellation betrifft übrigens keineswegs blos Bagatellsachen, sondern z. B. die in Handelsstädten unendlich wichtigen Realarreste, sowie unter Ziff. 1185[1] die Fälle, in welchen Klagen als vor dem gewöhnlichen bürgerlichen Richter nicht stattfindend abgewiesen werden, wenn es sich z. B. darum handelt, ob ein Gesellschaftsverhältniß vorliegt oder nicht.

Wenn überdies der Unterrichter, nachdem er vielleicht für beide Theile in erster Instanz die Rolle des Anwalts gespielt hat, auch die Rolle des Obergerichtsanwaltes übernehmen, und gegen sein eigenes Urtheil Beschwerden aufstellen muß, so versteht es sich von selbst, daß dieser Richter kein sehr zuverlässiger Vertreter der Parteien ist, und wenn nun gar vollends die Leitung eines Theils der Appellationsverhandlungen gemäß §. 221 der P.O. auf einen requirirten Richter übergewälzt wird, der vom ganzen Prozesse in beiden Instanzen nicht das Mindeste weiß, dessenungeachtet aber ein Protokoll aufnehmen muß, worin Appellationsvernehmlassung, Beschwerden, neue Thatsachen und Beweismittel zu finden sind, so wird in Kenntniß gesetzt wird, und wobei zur Urtheilsfällung keinerlei mündliche Verhandlung nothwendig ist, dürfte bei Handelssachen, namentlich wenn Handelsleute auch in zweiter Instanz urtheilen, ganz unbedingt zu verwerfen sein.

Was die höchste Instanz anbelangt, so hat der Entwurf keine Bestimmung darüber getroffen, welcherlei Rechtsmittel außer der Appellation noch stattfinden solle, und liegt hierin eine offenbare Lücke. Im fünften Buche über den Konkursprozeß ist an mehreren Stellen, z. B. im Art. 778. 658 ausgesprochen, daß nach der Appellation nur noch ein Cassationsrekurs zulässig sei.

Wenn dagegen in Art. 1020 die allgemeinen Grundsätze über den Instanzenzug als maßgebend angesehen werden sollen, so ist zu berücksichtigen, daß dem Verfasser des für Preußen bestimmten Entwurfes das preußische Rechtsmittel der Revision vorgeschwebt ist, welches dann stattfindet, wenn die beiden vordern Instanzen verschieden erkannt haben, und der Gegenstand der Beschwerde 500 Thaler beträgt, oder in Geld nicht zu schätzen ist. Dieses Rechtsmittel ist jedoch von einer eigentlichen Cassation sehr weit verschieden.

Die baierische Gesetzgebung läßt in Handelsprozessen gar keine dritte Instanz zu, und die bad. Prozeßordnung im §. 1193 schneidet ebenfalls für eine Reihe von Fällen die dritte Instanz ab.

Die Einheit in der Rechtspflege erfordert aber durchaus einen dritten Rechtszug, und es erscheint sicher als

sicher diese Prozedur, wenn überdieß ohne mündliche Verhandlung vor dem Obergerichte Urtheil erlassen wird, schwerlich großen Beifall finden können. Bedenklich ist überdies, daß bei den meisten Prozessen der abgekürzten Appellation keine dritte Instanz mehr zulässig ist. Schleppend wird der Gang dieser Verhandlungen dadurch, daß das Obergericht niemals direkt mit den Parteien verkehrt, sondern alle Beschlüsse erst noch durch das Amt zu eröffnen, alle Eingaben an das Amt zu richten, und von diesem berichtlich vorzulegen sind, ganz abgesehen von den vielen Fällen, in welchen es streitig ist, ob die Appellation vor den Unterrichter oder vor den Oberrichter gehört und wo die Beschwerdeschrift bei dem unrechten Gerichte einkommt, und von dort zurückgewiesen wird, oder wo nach vollständig gepflogenen unterrichterlichen Apellationsverhandlungen vom Obergerichte erkannt wird, daß die Verhandlungen sich zur obergerichtlichen Competenz eigneten, und deßhalb von vorn anzufangen seien, in welchen Fällen durch doppelte Appellationsverhandlungen auch die Wohlfeilheit des Verfahrens wieder aufgehoben wird. Sehr zu wünschen wäre es deßhalb, wenn diese neue Schöpfung nicht blos für Handelsprozesse, sondern für alle Rechtsstreitigkeiten sobald als möglich wieder aus dem Prozeßgesetzbuche entfernt würde.

Digitized by Google

sehr unzweckmäßig, wenn es ganze Gattungen von Prozessen gibt, bezüglich derer ein oberster Gerichtshof niemals Gelegenheit haben kann, seine Ansicht zu äußern.

Eine eigentliche Oberappellationsinstanz würde nun in Handelssachen entschieden unpraktisch erscheinen. Einestheils ist zu bedenken, daß, wenn eine Sache bereits in den zwei ersten Instanzen durch Collegien entschieden worden ist, eine nochmalige Verhandlung des ganzen Prozesses vor einem dritten Collegium sicher zwecklos wäre, andertheils aber ist nicht zu übersehen, daß bei einem obersten Gerichtshofe von einer Mitwirkung von Handelsleuten als Richter keine Rede sein kann. Haben aber in den vordern Instanzen Handelsleute mitgeurtheilt, und zwar nach ihrer subjektiven Ueberzeugung, so kann sachgemäß eine dritte, nur aus Rechtsgelehrten bestehende Instanz nicht befugt sein, die Erheblichkeit von Thatsachen oder Beweismitteln abermals zu prüfen, nach Umständen ein neues Beweiserkenntniß zu erlassen und dgl. Die dritte Instanz kann in Handelssachen naturgemäß nur eine Cassationsinstanz sein, in welcher nach erstattetem Berichte und nach Anhörung beider Theile darüber entschieden wird, ob eine Gesetzesvorschrift verletzt ist, wo mit aber nicht eine Verweisung der Sache an ein anderes Appellationsgericht, sondern, wie dieß bei den deutschen Cassationshöfen geschieht, die Fällung des Urtheils in der Hauptsache, zu verbinden sein dürfte.

Die Art. 1021 bis 1031 handeln von der Exekution in Handelssachen. Die hauptsächlichste, dem französischen Rechte entnommene Vorschrift besteht darin, daß bei allen Verpflichtungen der Kaufleute aus Handelsgeschäften Personalarrest als Vollstreckungsmittel stattfindet, und zwar unabhängig von dem Umstande, ob sonstige Zugriffsmittel vorhanden sind oder nicht (außer wenn ein Faustpfand bestellt ist).

Eine sehr passende Vorschrift enthält auch der Art. 1030, wonach das Handelsgericht die Befugniß hat, Contumacialerkenntnisse, wogegen noch Restitution zulässig ist, und Endurtheile vorläufig vollstreckbar zu erklären, ohne daß das Obergericht dieser vorläufigen Vollstreckung Einhalt zu thun berechtigt wäre.

(Code de procédure Art. 439, hannöversche Pr.O. §. 409.)

Wenn die Einführung von Handelsgerichten wirklich zu Stande kömmt, wenn dieselben auf solche Weise organisirt werden, daß unter Fernehaltung aller zeitraubenden Nebengeschäfte, aller unnützen Schreibereien, rechtsgelehrte und kaufmännische Richter in den Stand gesetzt sind, ihre Kraft hauptsächlich der Entscheidung der vor ihnen verhandelten Rechtsstreitigkeiten zu widmen, so werden die Folgen dieser Einrichtung unberechenbar sein, gleich wie auch die Einführung eines gemeinsamen Handelsgesetzbuches überhaupt, für uns von der wohlthätigsten Folge sein muß, selbst wenn dessen Einführung auch nur in den Rheinuferstaaten erfolgen würde.

Hufschmid.

II.

Besitzprozeß.

1) Zur Begründung der Besitzklage gehört, abgesehen von der Dauer, dieselbe Beschaffenheit des Besitzes, wie für die 30jährige Ersitzung.
2) Hiezu werden namentlich unzweideutige Besitzhandlungen erfordert.

Löffler gegen Offenburg.

In einer Vorstadt von Offenburg besitzt die Wittwe Löffler das sog. Bad- und Bleichgut, an welchem eine Fahrstraße vorbeizieht, zu Eigenthum. Zwischen dieser Straße und dem eingehägten Grundstück befindet sich ein Fußweg, welcher durch einen am Abhange mit Fruchtbäumen bepflanzten Graben abgegränzt ist. Dieser Fußpfad dient wie der Fahrweg selbst zum allgemeinen Gebrauch.

Am 9. April 1856 ließ nun der Gemeinderath von Offenburg der Wittwe Löffler schriftlich eröffnen, daß ihr der bisher nur gutthatsweise eingeräumte Genuß der auf städtischer Allmend befindlichen, der Stadt eigenthümlich zugehörigen Obstbäume längs ihres Eigenthums an der Badstraße von jetzt an entzogen werde.

Dazu kam noch, daß der Gemeinderath am 14. Mai die Gränze des städtischen Eigenthums gegenüber dem Grundstück der Wittwe Löffler jenseits des Wegs und der Baumreihe durch Steinsatz ausscheiden und den Fußpfad mit Kies überführen ließ, wodurch die Wittwe Löffler zur Erhebung einer Besitzklage veranlaßt ward, in welcher sie behauptet, daß der Pfad nebst den Obstbäumen ihr Eigenthum sei, welches sie, gleich ihren Vorfahren, bis in die neueste Zeit stets ungestört und ausschließlich be-

Digitized by Google

sessen und benützt, daß sie namentlich die Bäume, den Weg und noch den Graben zur Hälfte unterhalten, stets frische Bäume nachgepflanzt, das Obst von denselben eingeheimst, den Weg mit Kies überführt und den Graben von ihrer Seite aus gereinigt habe; worüber sofort Beweis angetreten wurde.

Das Begehren der Klägerin geht auf Schutz in dem gestörten Besitze des Badewegs und der darauf stehenden Baumreihe bis zur Halbscheide des Grabens als der Gränze ihres Eigenthums ꝛc.

Dieses Eigenthum bestritt aber die Beklagte eben so wie dessen ungestörte Benützung durch die Klägerin, darauf hinweisend, daß der strittige Fußweg durch offenbare Gränzmale, nämlich theils durch eine Mauer, theils durch eine geschlossene Umzäumung von dem Bad- und Bleichgut der Klägerin geschieden, daß der Pfad wie die Baumpflanzung auf dem städtischen Allmendgute angelegt, auch sowohl der Fuß- als der Fahrweg bis in die neueste Zeit von Jedermann benützt, und daß die Benützung der Bäume den jeweiligen Besitzern der Bad- und Bleichanstalt immer nur vergünstigungsweise überlassen worden sei.

Die in der Klage angeführten Thatsachen seien daher keine solche Besitzhandlungen, aus welchen sich die Meinung eines Eigenthumserwerbs ergebe; besonders da es das Interesse der Klägerin mit sich bringe, den Fußpfad in gutem Stande zu erhalten. Von einem ausschließlichen Besitze könne auch um so weniger die Rede sein, als die Unterhaltung dieses Pfades und des Grabens stets und selbst noch zu Anfang des Jahres 1856 auf städtische Kosten bewirkt worden wäre.

Den Beweis hiefür antretend, bat die Beklagte um Abweisung der Klage, welche denn auch ohne vorgängige Beweiserhebung in erster Instanz schon um deßwillen erfolgt ist, weil die angeführten Thatsachen nicht von der Art und Beschaffenheit seien, daß sie die Meinung eines Eigenthumserwerbs hinsichtlich des strittigen Fußpfades hätten begründen können.

Aus einem andern Gesichtspunkte wurde die Sache in der Appellationsinstanz betrachtet.

Das großh. Hofgericht ließ die mit der Klage angetretenen Beweise erheben, und erkannte dann abändernd: die Klägerin sei in dem gestörten Besitze des Badwegs und der darauf stehenden Bäumchen bis zur Halbscheide des Grabens zu schützen u. s. w.

Diese Entscheidung beruht darauf, daß der Gerichtshof die Einheimsung der Baumfrüchte und die Unterhaltung des Fußweges von Seiten der Klägerin als Besitzhandlungen der im §. 714 No. 1 der Pr.O. bezeichneten Art ansah, dagegen die Einrede der Vergünstigung nicht für begründet hielt.

Allein dabei verblieb es nicht, indem unterm 2. April l. J. in Folge der Beklagterseits eingeführten Oberberufung das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und der amtliche Bescheid wieder hergestellt worden ist.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Klägerin behauptet und verfolgt durch ihre Klage den Besitz eines Streifen Landes, der zwischen ihrem anerkannten Eigenthum und der öffentlichen Straße hinzieht, der aber von dem ersteren durch Umzäunung und von der Fahrstraße durch ein Gräbchen abgetrennt ist.

Dieser Streifen Landes ist, wie der Augenschein zeigt, zu einem neben der Straße hinziehenden Fußweg besonders hergerichtet und angelegt, wie er auch anerkanntermaßen von jeher als Fußweg von dem Publikum benützt worden ist, und über diese seine Bestimmung überhaupt kein Zweifel besteht.

Diese unbestrittenen thatsächlichen Verhältnisse begründen weit mehr die Vermuthung, daß dieser Fußweg einen Theil der öffentlichen Straße bilde, als daß er sich im Privatbesitz befinde und zu dem durch eine Scheidewand davon getrennten Gute der Klägerin gehöre.

Dieser Vermuthung gegenüber sind daher zur Begründung der Besitzklage Handlungen erforderlich, die ganz entschieden für den Privatbesitz der Klägerin sprechen, und sämmtliche im L.R.S. 2229 bezeichneten Erfordernisse an sich tragen, da für die Besitzklage, abgesehen von der Dauer des Besitzes, dieselbe Beschaffenheit des Besitzes gehört, wie für die 30jährige Ersitzung.

Allein die Besitzhandlungen, welche die Klägerin geltend gemacht hat, sind unter den vorliegenden Verhältnissen durchaus keine unzweideutigen, d. h. keine solchen, die einen begründeten Schluß dafür zulassen, daß sie nur in der Absicht, einen Eigenthumsbesitz an dem Fußweg auszuüben, unternommen worden sind, und als in dieser Absicht geschehen, angesehen werden müßten.

Was nemlich die Unterhaltung des Wegs betrifft, so hat die Klägerin schon als Besitzerin der Badanstalt

Digitized by Google

und ohne zugleich Eigenthümerin des Weges zu sein, ein Interesse an dem guten Zustande desselben, und wenn sie daher zu dieser Unterhaltung durch Ueberkiesung und Baumpflanzung beigetragen hat, so kann man darin um so weniger eine ausschließliche Besitzhandlung mit der Absicht, ein Eigenthum auszuüben, in unzweifelhafter Weise erkennen, als die Beklagte erwießenermaßen gleichfalls solche Handlungen ausgeführt hat und die Mitwirkung der Klägerin zur Unterhaltung des Weges, ohne die Besorgniß, ihr dadurch einen Besitz einzuräumen, dulden konnte.

Ebensowenig ist die Einsammlung der Früchte von den am Wege befindlichen Obstbäumen eine entscheidende und unzweideutige Besitzhandlung, um daraus auf die Ausübung eines Eigenthums an Grund und Boden zu schließen. Mag auch die Einheimsung der Baumfrüchte unter andern Verhältnissen, z. B. bei einem Grundstücke, das zu einem Obstgarten bestimmt ist, als eine sehr erhebliche Besitzhandlung angesehen werden, so kommt doch hier in Betracht, daß die Baumpflanzung an einem zum allgemeinen Gebrauch dienenden Fußwege mehr aus andern Gründen, als des Obsterträgnisses wegen, zu geschehen pflegt, und daß daher auf den Fruchtbezug um so weniger ein entscheidender Werth gelegt werden kann, als es nicht ohne Wahrscheinlichkeit ist, daß derselbe der Klägerin deßhalb überlassen wurde, weil sie zur Unterhaltung des Wegs mit beigetragen und die Bäume ganz oder theilweise gepflanzt hat, nicht aber, weil sie Eigenthümerin des Grund und Bodens ist, auf dem die Bäume stehen.

Die erhobene Besitzklage erscheint hiernach nicht als gerechtfertigt ꝛc.

D. R.

III.

Anzeige.

Im Verlage der Joh. Phil. Raw'schen Buchhandlung zu Nürnberg ist erschienen:

Zeitschrift

für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtssachen mit Einschluß des Wechselrechts. Nach den neuesten Quellen bearbeitet und herausgegeben von Dr. G. M. Kletke. 1 Jahrgang. 1. Heft.

Diese zur Hebung der Handelsrechtspflege in Deutschland bestimmte Zeitschrift wird die Handelsgesetzgebung der einzelnen Staaten, die oberstrichterlichen Entscheidungen in Handelsrechtssachen und das Wechselrecht zum Gegenstande haben.

Jedem Jahrgange soll ein übersichtliches Inhaltsverzeichniß und ein alphabetisches Register beigegeben werden.

Daß dieses, durch den großartigen Aufschwung des Handels und Verkehrs hervorgerufene Unternehmen in dem Augenblicke, wo die zu Nürnberg versammelte Conferenz von Abgeordneten der deutschen Bundesstaaten ein gemeinsames Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland berathet, ein sehr zeitgemäßes sei, bedarf kaum der Bemerkung. Das Bedürfniß eines solchen Organs wird aber besonders dann ein unabweisbares und dringendes werden, wenn wirklich, wie zu wünschen ist, ein allgemeines Handelsgesetzbuch in Deutschland zur Geltung gelangen sollte.

Das vorliegende Heft liefert handelsrechtliche Verordnungen, Erläuterungen und Reglements einzelner Staaten, wie Oesterreich, Sachsen, Baden und Braunschweig, sodann Entscheidungen der höheren und höchsten Gerichte von Preußen, Baiern, Sachsen, Würtemberg, Baden u. s. w., in Handelsstreitigkeiten, deren Sammlung als eine auserlesene bezeichnet zu werden verdient

D. R.

Bei J. C. J. Raabé in Kassel erschien und ist durch alle solide Buchhandlungen des In- und Auslandes zu beziehen:

Sternberg, Dr. **Carl**, Obergerichtsanwalt und Privatdocent in Marburg, Des deutschen Volkes Staats- und Rechtsgeschichte. gr. 8. 2 Thlr. 7½ Ngr.

Zu der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** sind nachfolgende Bücher zu den beigesetzten Preisen zu haben:

Marcadé, V. Abriß des französischen Civilrechts, übersetzt von A. Pfaff, großh. Referendär in Heidelberg. 1. Bd. 8°. Heidelberg 1857. Preis fl. 3.

Roth v. Schreckenstein, Freiherr. Das Patriziat in den deutschen Städten, besonders Reichsstädten, als Beitrag zur Geschichte der deutschen Städte und des deutschen Adels. 8°. Tübingen 1856 Preis fl. 5. 24.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 18.

I.

Ueber Handelsgerichte.

Während die Nürnberger Conferenz über den preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für ganz Deutschland berathet, ist die hochwichtige Frage: ob Handelsgerichte eingeführt und wie dieselben zusammengesetzt werden sollen? Gegenstand vielfacher und lebhafter Besprechung.

Der gegenwärtige Zeitpunkt scheint uns deßhalb geeignet, um ein Aktenstück in unsere Blätter aufzunehmen, welches sehr schätzbare und beachtenswerthe Erörterungen über das Institut der Handelsgerichte enthält.

Es ist dieß eine unterm 23. Januar l. J. von dem Handelsgerichte zu Antwerpen einstimmig beschlossene Adresse an den belgischen Justizminister, hervorgerufen durch einen von demselben am 23. April 1856 bei der Repräsentanten-Kammer eingebrachten Gesetzentwurf über die Gerichtsverfassung, worin mehrfache Abänderungen in der Zusammensetzung der Handelsgerichte vorgeschlagen sind.

Wir lassen diese energische Adresse im Originaltexte hier wörtlich folgen:

A Monsieur le Ministre de la Justice.

Monsieur le Ministre,

Dans le projet de loi que vous avez présenté à la Chambre des Représentants, le 23 avril 1856, sur l'organisation judiciaire, un titre est consacré aux tribunaux de commerce.

Ce titre a principalement pour but d'établir auprès de ces tribunaux un Président civil, dont les juges commerciaux, réduits à deux, ne seraient plus que les assesseurs, par conséquent de modifier profondément, sinon d'anéantir le principe de la juridiction consulaire.

Le Tribunal de commerce d'Anvers, persuadé que ce principe est la sauvegarde des intérêts du commerce et la garantie d'une bonne justice, n'a pu rester indifférent à l'annonce de l'innovation projetée. Il a donc chargé une commission de faire une étude nouvelle de la question du projet de loi, et de ses motifs. Ce travail a été présenté à l'Assemblée générale, discuté dans chacune de ses parties, adopté à l'unanimité. Nous venons vous le transmettre, Monsieur le Ministre, comme l'expression de notre conviction intime et d'autant plus profonde que nous la savons partagée par le commerce entier.

Ce n'est pas la première fois que l'existence et l'organisation des tribunaux consulaires sont l'objet de certaines attaques. Nous en dirons plus loin les causes.

Mais puisque ces attaques se reproduisent après deux échecs successifs, depuis la proclamation de notre indépendance nationale, nous pensons qu'il est utile de donner à la défense tout son développement, au débat toute sa portée.

A cet effet, nous voulons considérer les tribunaux consulaires dans leur histoire qui est ancienne et glorieuse, rappeler quelles idées ont présidé à leur organisation, de quels besoins ils sont l'expression; établir enfin que ces besoins subsistent.

Nous examinerons s'il est vrai que leur organisation est défectueuse et s'ils ont failli à leur mission.

Nous apprécierons ensuite les motifs sur lesquels la commission instituée par le Gouvernement a cru pouvoir se fonder pour demander une réforme;

Digitized by Google

nous ferons cette appréciation avec calme, mais aussi avec l'énergie d'une entière franchise, ainsi qu'il convient à des hommes qui ont la conscience d'avoir, à l'instar de leurs prédécesseurs, su garder intacte la dignité de la justice que les suffrages de leurs concitoyens et la confiance du Roi leur ont confiée.

C'est, on ne saurait le méconnaître, l'intérêt du commerce et de l'industrie qui a donné naissance à la juridiction consulaire.

Cette juridiction n'est pas un privilège, c'est un droit au point de vue des idées consacrées par le temps et l'expérience. Depuis longtemps les choses purement administratives sont du ressort contentieux du pouvoir administratif, le militaire est jugé par le militaire, le civil par le civil, et le commerce par le commerce.

L'institution des juges consulaires fut une conquête de l'esprit de liberté sur la féodalité. Elle date de plusieurs siècles [1]. Ses bienfaits ont été reconnus et hautement proclamés par les hommes les plus recommandables en même temps que les plus compétents et les plus impartiaux. Parmi eux, nous citons L. Nouguier, qui, dans son estimable traité des tribunaux de commerce, nous fait connaître l'opinion des maîtres de la science, tels que Montesquieu [2], d'Aguesseau [3], Nicodème [4], Jousse [5], Toubeau [6], Maréchal [7], Mezerey [8], Rogue [9] et autres.

Nouguier ne se borne pas à affirmer tout le bien que la chose publique a recueilli de cette institution, mais il appuie son assertion d'une statistique qui répond victorieusement à tous ceux qui voudraient contester sa thèse.

Cette statistique empruntée à l'année 1841 serait-elle plus avantageuse au soutien du système préconisé par Nouguier que celle à tirer de chacune des années subséquentes? Le contraire ne saurait former l'objet d'un doute et rien ne serait plus facile au gouvernement que de s'en assurer.

L'institution des tribunaux de commerce a résisté à l'action du temps et des révolutions. Elle a même grandi au milieu des commotions et des bouleversements politiques. Pourquoi? parce que loin d'être un privilège ou une exception, elle était de règle, partout, du moins, où le commerce avait pris assez d'extension pour rendre son action fructueuse. Elle était de règle, car le commerce et l'industrie, dans le jeu des institutions politiques, se placent au même niveau que le civil.

Ce n'est pas qu'à plusieurs reprises, l'on n'ait cherché à faire méconnaître cette égalité dans la participation à l'administration de la justice. L'esprit de corps, cause de tant de rivalités, s'est constamment élevé avec obstination contre ce nivellement de droits, et, pour ne pas remonter plus haut, prenons date de l'édit d'août 1560 de François II, roi de France. L'arbitrage forcé imposé par cet édit en matière commerciale eut à compter avec la concurrence de la judicature ordinaire. Ce fut une des causes qui forcèrent les marchands de négliger l'édit et de faire retour à cette dernière judicature.

Cet état des choses ne fut que de courte durée, car en 1563 Charles IX rendit un édit d'organisation commerciale et pour en assurer l'exécution, il fallut que le célèbre chancelier de l'Hôpital publiât une instruction générale dont les motifs suivants nous dépeignent l'état d'hostilité que ce haut dignitaire avait à combattre! «L'édit de 1563 (dit-il) »quoique salutaire et pour mieux dire si nécessaire »au public, a été néanmoins traversé par les lieu»tenants civils, prévôts, baillifs, sénéchaux et autres »juges ordinaires qui n'ont pas laissé de s'y oppo»ser *toujours* et d'essayer d'en empêcher le cours »et l'exécution, même de l'étouffer, s'il était pos»sible quasi dès sa naissance.»

Néanmoins, tant était vivace l'antipathie du juge ordinaire que cette instruction fut méprisée et que tout fut mis en œuvre afin de la paralyser et encore une fois d'*étouffer* l'édit lui-même. Il en résulta

---

[1] Voir sur cette fondation, Nouguier, *Des trib. de comm.*, vol. I, p. 12 et suiv. — Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires.* — Bornier, *Confér. sur l'ord. de comm.* — Vincens, *Législ. comm.* — Savary, *Dict. du Comm.* V. *Juges conservateurs des foires.*

[2] *Esprit des lois*, t. II, liv. XX ch. XX.

[3] *Œuvres de ...*, vol. XII; *Mémoire sur les juridt consuls.*

[4] *Exercice des commerçants*, 1re partie.

[5] *Comment sur l'ord. de comm. de 1673*, annotés par Bécanne.

[6] *Instit. du droit commercial.*

[7] *Traité des juges et consuls.*

[8] *Abrégé chron. de l'histoire de France.*

[9] *Jurisp. consul.*

Digitized by Google

une déclaration royale qui fut publiée le 28 avril 1563. Cette déclaration constate à son tour les entreprises des juges ordinaires sur la juridiction consulaire «*sous couleur*, est-il dit, que le pouvoir déféré à celle-ci n'est pas assez bien défini.»

Tout en pourvoyant à cette prétendue lacune, le souverain défend aux juges et sergeants toutes entreprises contre les sentences des causes des marchands, commine des pénalités contre tous réfractaires et investit les consuls du pouvoir de correction [1].

L'ordonnance dite de Blois, rendue par Henry III en mai 1579 vient attester la continuation de la lutte [2].

Elle se reproduisit avec plus d'intensité sous Louis XIII, témoins: 1° la declaration du 2 octobre 1610 et celle *révocatoire* du 14 octobre 1611 venant restituer aux justices commerciales la plénitude de leurs attributions premières. 2° Les lettres patentes données par le même souverain en date du 26 juillet 1600 pour protéger les juges et consuls de Bordeaux contre les empiètements des magistrats rivaux, 3° les arrêts du Parlement du 14 mars 1612 et des 5 et 12 mars 1615 [3].

Malgré ces nouvelles dispositions et ces décisions tutélaires, l'antagonisme des juges ordinaires ne fléchit point et se manifesta sous mille combinaisons différentes dont l'effet était de paralyser les sentences des juges consulaires au point que les commerçants, bien que menacés d'amendes pour ce cas, se virent forcés de déserter la juridiction de ces derniers.

»Si le découragement s'était alors emparé des »juges de commerce, dit Nougnier [4], c'en était fait »pour longtemps de cette précieuse institution. »Heureusement comme à Rome, *cavcant consules*. »Les obstacles excitèrent vivement dans le cœur »des magistrats le sentiment de leur dignité per»sonnelle. Ils firent tête à l'orage; à la ténacité de »leurs adversaires, ils opposèrent tout à la fois la »ruse et la constance.«

Effectivement ces magistrats ressaisirent avec force leur autorité et à l'ombre de la déclaration de 1563, ils parvinrent à maintenir leur juridiction à peu près intacte pendant une longue période de temps.

C'est pour raffermir les bases de la juridiction commerciale jugée de plus en plus indispensable que, dans le grand siècle de Louis XIV. et sous le ministère de l'immortel Colbert, parut l'ordonnance qui fut pour ces deux hommes illustres, dit Locré t. 8, «un nouveau titre de gloire, un nou»veau droit à l'estime de la postérité.«

Toutefois, vers la fin du XVIIe siècle une nouvelle croisade fut organisée contre cette institution et il fallut divers arrêts de cours et enfin un arrêt du conseil privé du Roi du 11 octobre 1724 pour mettre un terme aux actes de perturbation dont la compétence du juge-consulaire était incessament l'objet dans les pricipales localités commerciales de la France. »Certes, s'écrie Nougnier [1], lorsqu'une »institution a résisté à ces rudes atteintes, lorsqu'elle «s'est élevée, malgré ces obstacles sans cesse renais»sants, c'est une preuve que, dès son origine, elle »avait poussé de profondes racines, qu'elle répon»dait à merveille aux nécessités du commerce et que »son avenir est aussi grand que durable.«

Aussi ne manqua-t-elle pas de survivre au choc terrible d'une révolution qui dès 1789 vint engloutir toutes les institutions de la monarchie. Dans ces temps de restriction et de suppression de toutes les prérogatives, non seulement les tribunaux de commerce furent maintenus par la loi du 16-24 août 1790, mais leur compétence fut étendue aux litiges engendrés par le commerce maritime, litiges qui jusqu'alors ressortaient des tribunaux particuliers connus sous le nom *d'amirautés*.

Leur véritable caractère comme leur organisation furent enfin déterminés par le code de commerce qui nous régit.

Il est pénible néanmoins d'avoir à constater encore ici que dans le cours de la grande élaboration dont est sortie l'organisation consulaire actuelle, celle-ci eut à jouter contre un reste d'antagonisme de la part de la juridiction ordinaire. La section

[1] V. Nouguier, t. I p. 25. — Bornier, t. II tit. XII. — Isambert, t. XIV p. 179 et suiv.

[2] Nouguier, ibid. — Isambert, ibid p. 380 et 434.

[3] Nouguier, ibid p. 26.

[4] Nouguier, p. 27.

[1] Ibid, page 32.

Digitized by Google

de l'intérieur du Conseil d'état disait: «Les commerçants réclament unanimement contre la suppression d'un certain nombre de tribunaux de commerce. Jamais il ne s'est élevé aucune plainte contre leur existence ou leurs jugements. *Les tribunaux civils seuls les prétendent inutiles, mais à cet égard leur témoignage a-t-il une grande autorité? Et ne peut-on pas les soupçonner de vouloir réunir à leurs attributions celles des tribunaux de commerce?*»

Les vœux de la grande majorité des corps consultés sur toute la surface de l'empire français n'eurent donc pas de peine à l'emporter.

Enfin la loi fondamentale des Pays-Bas et la constitution Belge en son art. 105 sont venus successivement garantir au pays et au commerce en particulier l'institution de la justice commerciale.

Nous ne parlerons pas ici de la tentative qui, sous le roi Charles X, se manifesta de nouveau en France, mais qui fut abandonnée devant l'énergique protestation du tribunal de commerce de Paris. Bornons-nous à constater que pendant 40 ans le commerce Belge avait joui en paix de cette institution lorsqu'en 1846 cette possession fut inopinément troublée.

C'était à l'occasion du nouveau projet de loi sur les faillites. L'expérience avait démontré les défectuosités de la loi française sur cette matière. Le commerce et l'industrie avaient réclamé à cet égard une amélioration qu'avait fait espérer l'art. 139 de la constitution, mais il en fut pris texte pour la rédaction d'un nouveau projet qui venait bouleverser dans son essence l'organisation de la justice consulaire.

En effet, à l'élément commercial dont se composait le personnel de la juridiction commerciale, on voulut, en majeure partie, substituer l'élément civil.

Au lieu d'un Président choisi dans le commerce parmi ses membres les plus expérimentés et les plus capables et présenté par lui à la nomination du Roi, on voulait placer à la tête de la justice consulaire un juge du tribunal civil délégué par le Président de cette juridiction et, aux côtés de ce nouveau Président et de ses deux assesseurs pris dans le commerce, devait siéger un autre délégué de l'élément légal, savoir un magistrat du parquet du Procureur du Roi près du tribunal civil.

Le commerce s'émut. Il vit dans cette innovation une atteinte directe à ses droits et à ses intérêts. De toutes parts surgirent des réclamations. Le tribunal de commerce d'Anvers délibéra en assemblée générale du 24 janvier 1847 une adresse à Monsieur le Ministre de la Justice et il fut résolu qu'au besoin cette adresse serait imprimée et distribuée aux membres des deux chambres législatives.

Toutefois, il ne fut donné aucune suite à ce hors-d'œuvre en tant que l'on avait voulu le rattacher à la loi sur les faillites.

Mais en 1848 un nouveau projet se fit jour au sujet de la compétence consulaire. Entr'autres dispositions, quelques-unes avaient pour but de faire distraire de cette compétence toutes affaires commerciales et maritimes d'une importance n'excédant pas 300 frs. pour les mettre dans les attributions des justices cantonales.

De nouveau, le commerce revendiqua ses droits au nom de la constitution belge qui les a garantis et confirmés, au nom des lois que leur parfaite harmonie avec les mœurs semble rendre immuables.

Cette fois encore le tribunal d'après ses convictions ne pouvait hésiter à joindres ses efforts à ceux du commerce et, le 20 décembre 1848, il délibéra une adresse à la Chambre des Représentants pour combattre la nouvelle attaque dont son institution était l'objet.

Ainsi, à chaque innovation imprudement tentée dans le domaine de la justice consulaire, le commerce, car on ne contestera pas que les chambres et les tribunaux consulaires n'en soient les vrais organes, a protesté avec l'énergie de ses convictions et réclamé le maintien de la justice telle qu'elle est rendue.

Or, ce n'est pas le commerce qu'on accusera de manquer d'intelligence quant à ses intérêts. Pas une mesure utile parmi les lois et les réglements qui le regissent, qui n'ait été provoquée par lui.

Eh bien, si le commerce défend la justice consulaire, n'est-ce pas une preuve manifeste que cette institution telle qu'elle est organisée, lui est utile et nécessaire, en un mot que les juges des mar-

Digitized by Google

chands (comme on disait anciennement) doivent être commerçants?

Pour quiconque comprend bien le droit commercial et n'est pas aveuglé par la prévention de l'élément légal, c'est là une vérité palpable. Le droit commercial est un droit à part; c'est proprement un composé de mœurs et d'usages qui n'ont presque rien de commun avec les transactions civiles. Si ces dernières peuvent être soumises à des appréciations déterminées et presqu'immuables, il en est tout autrement des opérations commerciales et industrielles. Vouloir les circonscrire dans un cadre de règles et de formes invariables même pour un certain laps de temps, c'est violenter au préjudice de l'intérêt public les relations et les mœurs du négoce, c'est arrêter le commerce dans son essor, c'est vouloir fatalement mais inutilement résister à tous les progrès, à toutes les nécessités, à la marche du temps.

La preuve de ces vérités se trouve dans les leçons vivantes de l'expérience. L'histoire industrielle et commerciale est là comme un monument de la prospérité publique, monument à la vérité inachevé, mais auquel chaque jour a apporté et continuera d'apporter sa pierre.

A l'autorité des faits attestant la mobilité et les grands pas du négoce, vient se joindre l'autorité de la parole des éminents législateurs qui nous ont doté de nos codes et dont l'œuvre revèle qu'ils comprenaient merveilleusement les besoins d'expansion de toutes les forces sociales parmi lesquelles sans doute le commerce et l'industrie figurent au premier rang. Dans les discours des orateurs du gouvernement, chargés d'élaborer et de soutenir le projet de code, se retrouve souvent cette grande et féconde idée proclamée au conseil d'état que le commerce ne peut être régi par des règles fixes. Le discours préliminaire du projet du code civil s'exprimait ainsi:

»Les affaires militaires, le commerce, le fisc et »plusieurs autres objets supposent des rapports »particuliers qui n'appartiennent exclusivement à »aucune des divisions précédentes.«

»Le commerce ordinaire de la vie civile, uni»quement réduit aux engagements contractés entre des »individus que leurs besoins mutuels et certaines »convenances rapprochent, ne doit pas être con»fondu avec le commerce proprement dit, dont le »ministère est de rapprocher les nations et les »peuples, de pourvoir *aux besoins de la société* »*universelle des hommes.* Cette espèce de com»merce, dont les opérations sont presque toujours »liées aux grandes vues de l'administration et de »la politique, *doit être régie par des lois particu»lières qui ne peuvent entrer dans le plan du code* »*civil; l'esprit de ces lois diffère essentiellement des* »*lois civiles.*«

»Ce langage des illustres fondateurs du code »civil MM. Portalis, Trouchet, Bigot-Préameneu et »Malleville, disent Dela Marre et le Poitevin, nous »atteste hautement qu'il fallait au commerce non »pas des lois exceptionnelles mais des lois parti»culières (peculiares), des lois qui lui fussent prop»res, fondées, comme les lois civiles, sur la bonne »foi, c'est-à-dire sur l'équité, mais sur une équité »plus large, plus libre dans ses allures. Et »pourquoi?«

»Parce que l'objet du commerce est de rappro»cher les nations et les peuples, de pourvoir à la »société universelle des hommes.«

Déjà, avant eux, l'archichancelier Cambacérès, quand on proposa de définir et de préciser certaines obligations commerciales, avait donné cette réponse mémorable. »Les véritables règles du com»merce sont celles *de la bonne foi et de l'équité.* »Il faut bien se garder de les affaiblir par des »règles trop positives [1].«

Sans doute, ce n'est pas à dire que les principes généraux en matière de convention, inscrits dans le code civil, ne s'appliqueront pas aux transactions commerciales. Mais les auteurs du code civil, comme ceux du code de commerce, savaient que la plupart de ces principes sont de droit naturel; que, fondés sur la nature des choses, sur la raison humaine et sur les rapports sociaux, ces principes ont été de tous les temps et qu'ils exer-

[1] Les lois civiles ne régissent que les peuples auxquels elles ont été données; mais les lois de commerce ont une prévoyance plus étendue, plus hospitalière: elles sont faites pour cette grande famille de commerçants répandus dans le monde entier... Bonsenne, *Théorie de la proc. civ.* t. I. p. 382.

Digitized by Google

çaient leur empire bien longtemps avant que les législations les plus anciennes les eussent codifiés.

Ils n'ignoraient pas que ces principes dirigent constamment la pratique du commerce et de l'industrie; que sans eux cette pratique serait impossible; que le commerce y puise sa vitalité non-seulement dans ses rapports entre concitoyens, mais aussi et surtout dans ses rapports internationaux

Et c'est aussi pourquoi la matière qui forme la grande base du commerce, à savoir *le contrat de vente et d'achat*, n'a point été traité spécialement dans le code de commerce, bien que lors de sa présentation de ce dernier code, comme lors de la présentation du titre de la vente au code civil, il ait été expressément reconnu que ce dernier demeurerait étranger au commerce, reconnaissance d'ailleurs consacrée par l'art. 1107 du code civil portant:

»Les règles particulières aux transactions com»merciales sont établies par les lois relatives au »commerce.«

Or par *lois relatives au commerce*, on doit entendre nonseulement les lois, les réglements et traités écrits, mais, avant tout, les usages généraux et locaux si bien connus du négociant et du négociant seul, malgré leur diversité et leur immensité.

Ces usages sont à proprement parler la vie commerciale en tant qu'ils ne viennent pas heurter une loi d'ordre public. Casa-Regis, cet oracle du droit commercial, nous enseigne qu'en matière commerciale toutes les règles du droit doivent se taire et ne peuvent être prises en considération quand l'équité et la bonne foi commandent d'en user autrement, pourvu que cela ne répugne pas au bien-être du commerce public et que cela le favorise. *In materiâ commercii omnes juris regulæ silere debent et non attenduntur, quando æquitas et bona fides aliud servari dictat, modo publici commercii bono non repugnet sed faveat.* (Disc. 190 n° 15.)

Troplong, dans la *Revue de législation*, juillet 1842, reconnaît lui-même »que l'usage du commerce passe avant les lois du code civil.«

C'est pourquoi le législateur n'a réglementé que tout ce qui se rattache par affinité au contrat de vente et d'achat savoir les conditions requises pour pouvoir exercer le commerce, les contrats de commission, de transport, de change, d'assurance et de prêts à la grosse.

Si, à presque toutes les époques, on a reconnu qu'il fallait laisser au commerce le soin de régler et de formuler d'après les temps, les circonstances et les lieux, les transactions de vente et d'achat qui en sont l'âme, comment supposer que les hommes pratiques, dévoués à la science commerciale, auraient ignoré les principes sur lesquels reposent essentiellement ces transactions? Être négociant consommé et ignorer les lois particulières à l'institution du négoce, c'est un non sens. Aussi l'auteur de l'ouvrage intitulé: *Exercices des commerçants*, Nicodème, n'a-t-il pas hésité à dire: »Pour être habile »consul, il faut avoir l'esprit du commerce« et ailleurs: »il serait plus facile à un habile consul de »devenir un bon avocat qu'il ne le serait à un bon »avocat de devenir un habile consul, parce que »pour acquérir la science du consulaire, il ne faut »pas seulement en étudier les lois, mais encore »pratiquer le commerce et être né avec l'esprit du »commerce. Un habile consul a la clef des lois, »tandis qu'un avocat n'a pas la clef du commerce.«

Écoutons encore De la Marre et le Poitvin [1]: »C'est par le commerce, disent-ils, que les sociétés »modernes se sont avancées dans la voie du progrès »et de la civilisation; dès lors rien d'étonnant que »le droit commercial ait dans l'ordre de son déve»loppement devancé le droit civil.«

C'est en s'appuyant sur ces considérations si vraies et si fécondes, que des législateurs immortels, sortis de 89, maintinrent les tribunaux consulaires dans leur intégrité.

Lors de la discussion du code de commerce on avait dit: »Il est de la plus grande importance que »les tribunaux de commerce ne soient composés »que de négociants: ce sont des tribunaux d'excep»tion qui ont une marche rapide et des principes »particuliers. Les contestations qui y sont portées »ne peuvent pas, le plus souvent, être décidées »par le texte de la loi; il faut connaître les usages »du commerce pour prononcer conformément à ces »usages, et il faut apporter un grand esprit de

[1] Traité du contr. de commission, t. II, n° 14.

»conciliation dans toutes les affaires qui en sont »susceptibles.«

»On craindrait donc que l'introduction de per»sonnes étrangères au commerce ne changeât l'es»prit de ces tribunaux et on reclame les conditions »d'éligibilité actuellement existantes. *Pour être »juge en matière de commerce, il faut avoir fait le »commerce* [1].«

Et la commission, se rendant à ces observations, remplaça les mots *tout individu* (art. 620) par ceux-ci: »*tout commerçant.*« Voici la remarque qu'elle fit à cette occasion: »*presque toutes les villes de »commerce* ont demandé que les juges NE puissent »être choisis QUE parmi les commerçants; nous n'a»vons *pas balancé* à rectifier cette partie du projet.«

D'après cet article (620) et l'interprétation qui lui fut donnée par deux avis du Conseil d'État, il suffisait *d'avoir exercé* le commerce conformément au passage de Locré, cité plus haut.

Eh bien, disons-le en passant, ce système, qu'on comprenait à cette époque de stagnation commerciale, s'il était appliqué aujourd'hui, serait déjà fautif, car quoi de plus rapide et de plus prodigieux que l'élan du commerce et de l'industrie? Chaque jour n'apporte-t-il pas son contingent de progrès, de combinaisons, d'usages et disons même de langage elliptique et conventionnel. Combien de nouvelles sources de production ou d'importation, combien de relations toutes nouvelles ne se succèdent pas dans l'intervalle d'un seul lustre? Or, au praticien seul il est donné de suivre et discerner ces additions, ces diversifications, ces élans progressifs et disons-le, ces métamorphoses, en d'autres termes au praticien seul il est donné de saisir l'ensemble de la vie commerciale du moment. Le nier, c'est méconnaître l'évidence des faits, c'est ou bien renier la destinée des deux principales sources de la prospérité des états, ou bien attribuer la science infuse en matière de commerce à celui qui ne s'en est jamais occupé.

Aussi, Monsieur le ministre, nos honorables prédécesseurs ne s'y trompaient-ils pas lorsque dans l'adresse du 21 janvier 1848 ils disaient au Gouvernement. »Tout est tellement spécial dans ces »affaires (de commerce) qu'il ne suffit pas même »d'avoir *été* commerçant, mais qu'il faut l'être ac»tuellement pour le bien apprécier et par ce motif »que *rien n'étant stationaire dans le commerce*, les »manières d'opérer changent constamment. Pour »juger une affaire commerciale, il faut donc bien »comprendre le fait commercial, connaître les usa»ges de ce que, dans le commerce, on peut appeler »la loi.«

Toutes ces vérités que nous défendons trouvent actuellement une confirmation éclatante et un nouvel appui, s'il en était besoin, dans les réclamations incessantes du peuple le plus commerçant du monde et cependant le plus scrupuleux conservateur de ses lois et de ses institutions. La Grande-Bretagne, malgré que les affaires commerciales s'y jugent avec l'assistance d'un jury, demande à grands cris l'organisation spéciale des tribunaux consulaires. Elle les réclame dégagés de l'élément légal parce que cette immixtion est contraire à la nature et au but de l'institution.

Écoutons à ce sujet l'organe de la fameuse association de Londres, M. Hutton, lorsqu'au nom de celle-ci, il expliquait naguère au congrès douanier tenu à Bruxelles les bienfaits que ses compatriotes attendent de la nouvelle juridiction convoitée:

»Par suite de l'action constamment exercée par »ces tribunaux (consulaires) sur leurs affaires com»merciales et par la force des relations qu'un in»térêt commun et bien senti developperait entr'eux, »il surgirait lentement peut-être, mais d'une manière »sûre, de l'unité dans la pensée, de l'union dans »l'action du monde commercial. L'influence des »tribunaux de commerce ne tarderait pas longtemps »à se faire sentir par rapport à nos relations com»merciales à l'étranger, et, de cette manière, bien »des difficultés aujourd'hui insurmontables (dans »l'état de la juridiction anglaise) recevraient une solu»tion satisfaisante de l'intelligence combinée d'hom»mes jugeant des affaires *qu'ils administrent tous »les jours et qu'eux seuls comprennent réellement.*«

Ainsi ces idées ont pour elles l'expérience des siècles, l'opinion des législateurs anciens et modernes, celle des hommes de pratique et des hommes de science.

Il nous semble difficile, après tant d'autorités,

[1] Locré, *Esprit du code de comm*ce, vol. VIII, p. 66.

Digitized by Google

qu'une raison éclairée et non prévenue ne reconnaisse pas que l'introduction dans la juridiction commerciale de ce que nous appelons le légiste ne soit un mal. Sans rien retrancher à ce que le légiste mérite d'estime et de considération dans la sphère de sa noble science, on n'a pu s'empêcher de voir en lui l'homme qui, dès sa jeunesse et pendant de longues années, s'est nourri des principes rigoureux et des règles fixes, positives et pour ainsi dire méthaphysiques du droit civil; on doit se dire que, dans l'application du droit, cet homme, par la nature de ses laborieuses études et par la trempe même de son éducation, ne sort que difficilement du cadre dans lequel il a été enveloppé; que n'ayant en rien éprouvé les besoins du commerce, il est demeuré étranger à sa marche et à ses progrès, n'a consulté ni ses usages locaux, ni ses usages généraux, fruits du temps et des relations internationales; on comprend qu'à raison de son savoir et de ses habitudes, il lui répugne même d'entrer dans toutes ces formes, dans toutes ces pratiques variées selon leur objet et selon les lieux, en un mot dans tous ces éléments en nombre infini dont se compose l'existence commerciale et industrielle.

Donner à cet homme, quelque soient ses mérites, une voix dans les décisions consulaires, c'est donc abâtardir l'institution, c'est lui enlever le moyen d'exercer la bienfaisante direction que le commerce attend de lui; c'est l'empêcher de se former une jurisprudence. Cependant la jurisprudence forme la gloire et la force de toute juridiction. Les décisions de la Rote de Gènes, cet ancien tribunal de marchands, sont encore respectées et ont fait vivre son nom. La jurisprudence du tribunal de Marseille, celle du tribunal du Hâvre et de Paris font autorité chez nos voisins et chez nous. Elles ont été recueillies dans des livres qui plus que le code forment la Bible du commerce. Nous ajouterons que la jurisprudence est un bienfait pour les justiciables, car elle est le complément de la loi et de l'usage; elle règle une foule de transactions que la loi n'avait pu prévoir; elle est enfin progressive comme le négoce et l'industrie eux-mêmes.

Eh bien, cette jurisprudence est rendue impossible dans le nouveau système, car ce serait folie que de prétendre recueillir l'unité après avoir semé la division. La jurisprudence, reflet des besoins et des tendances du négoce ne peut être créée que par des juges sortis du négoce et animés d'un même esprit. Si on introduit dans les tribunaux de commerce deux éléments qui se combattent, on amènera nécessairement des fluctuations et des revirements qui jettent le discrédit sur une juridiction et la font abandonner.

Est-ce à dire que nous soutenions que l'élément légal ne peut à aucun titre se produire dans les tribunaux consulaires? Certes que non. Il doit s'y trouver pour éclairer la décision quand il le peut et c'est ce qui a lieu dans l'organisation actuelle.

Les juges sont des commerçants qui, âgés d'au moins trente ans, ont exercé le commerce avec honneur et distinction pendant au moins cinq années, qui ont été reconnus par leurs concitoyens et par le Roi aptes à ce poste éminent. Dans l'usage adopté à Anvers ils ne deviennent même juges effectifs qu'à la suite de deux années de siège comme juges suppléans. Le président est choisi parmi les anciens juges, c'est à dire après avoir passé par une double épreuve et s'être initié à tous les devoirs de ses importantes fonctions. Dans le commerce, la qualité de président est la plus grande distinction que le négociant puisse recevoir de ses pairs.

A côté de ces magistrats se trouve le greffier jurisconsulte placé là comme la personnification vivante de la loi et des règles juridiques. Sans doute il ne se borne pas au simple rôle de conservateur des archives et nous ne sachions pas que ce soit un mal. Il est présent aux débats judiciaires et aux délibérations qui les suivent. Il recueille le sentiment des juges, et, le plus souvent, c'est à lui qu'est confiée la rédaction de leurs sentences. Dans les questions où le droit domine il apporte sa lumière et formule son opinion comme le Ministère Public ou civil; il la présente à l'appréciation du Tribunal qui, dans la plénitude de sa liberté, juge et décide.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Beusheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 19.**

I.

Ueber Handelsgerichte.

(Schluß.)

Voilà, Monsieur le Ministre, le jeu de cette institution dont, nous aurons à le constater plus tard, on a méconnu le fonctionnement régulier et parfaitement légitime. Il nous semble que son organisation, dont nous n'excluons nullement le greffier, concilie d'une manière admirable la liberté et la dignité du Tribunal avec la garantie d'une parfaite connaissance de tous les éléments d'appréciation, d'une influence pondérée, d'une étude approfondie des causes, partant d'une bonne justice.

Ce système créé par les besoins sociaux, organisé d'après les leçons d'une longue expérience, a aussi produit de bons fruits.

Nous avons déjà parlé de la jurisprudence forte et respectée des principaux tribunaux consulaires de France. Le tribunal de commerce d'Anvers invoque aussi avec orgueil l'autorité attachée à ses décisions. Il croit pouvoir affirmer que la plupart des doctrines importantes posées par lui, sont restées debout et sont devenues la règle du commerce. Relever le nombre de ses sentences et celui de leur confirmation en degré d'appel, les mettre en rapport avec les décisions civiles, nommer les hommes qui précédemment et sous l'empire de la loi actuelle, ont successivement occupé le siége de Président, c'est proclamer la gloire de l'institution! c'est attacher à sa couronne un fleuron dont ni l'ingratitude ni l'injustice ne sauraient la déshériter.

Qu'on y songe bien, aucune institution humaine n'est parfaite. Mais s'il y a quelque point où la justice consulaire puisse laisser à désirer, d'autres fractions de l'ordre judiciaire jouissent-elles donc de conditions meilleures? Dans le grand nombre de plaideurs, ne rencontre-t-on de mécontents qu'au sortir de l'audience consulaire?

Encore une fois, une statistique d'adhésions des parties litigantes aux sentences tant consulaires que civiles rendues en premier ressort, fera raison de toute allégation désavantageuse à la justice consulaire. Et à ce sujet, le Tribunal, Monsieur le Ministre, a trop de confiance dans votre impartialité et dans votre amour du bien public, pour ne pas espérer que vous voudrez bien faire dresser consciencieusement cet aperçu statistique pour le soumettre aux chambres législatives en temps opportun.[1]

Résumons-nous et disons: Les tribunaux de commerce opposent à l'innovation dont ils sont menacés une quadruple barrière: leur passé, la logi-

[1] Depuis que cette requête a été délibérée et avant qu'elle ne fût livrée à l'impression, la *Gazette de Liége* dans ses numéros 26, 29, 36 et 38 a publié quatre articles fort remarquables sur la question. Le n° 38 contient une statistique des jugements rendus dans le ressort de la Cour de Liége tant par les tribunaux civils, que par les tribunaux de commerce en distinguant quant à cette dernière catégorie les jugements rendus par les tribunaux consulaires de Liége et de Verviers d'avec ceux rendus par les tribunaux civils jugeant en matière commerciale. Voici le résumé.

Tribunal civil de 1re instance de Liége 289 jugements reformés en degré d'appel sur 629 appelés.

Tribunaux de commerce de Liége et Verviers ensemble 26 jugements reformés sur 94 appelés.

Tribunaux civils de Huy, Hasselt, Arlon et Marche jugeant en matière commerciale, 9 jugements reformés sur 18 appelés.

Digitized by Google

que de leur organisation, leurs bons résultats, les sympathies de leurs justiciables.

Il semble que lorsqu'une institution sociale est ainsi défendue, elle est à l'abri de toute atteinte.

Il semble qu'alors on puisse avec raison qualifier l'innovation projetée de malencontreuse, inopportune, contraire aux enseignements du temps et aux tendances de l'époque.

Et en effet, c'est pendant que le peuple le plus expérimenté, le plus éclairé du monde sur les nécessités du commerce et de l'industrie, critique avec véhémence en matière commerciale la participation officielle de l'élément légal aux décisions consulaires, c'est pendant qu'il signale l'anomalie de notre organisation judiciaire commerciale en ce qui regarde le ressort d'appel, c'est quand le commerce de 1856 n'a presque rien de semblable à celui de 1807, c'est lorsque le droit commercial tend à devenir droit cosmopolite, lorsque l'Institut supérieur du commerce, distribuant la science théorique et pratique, a été ouvert et s'annonce comme une pépinière de bons juges consulaires, c'est alors que par une sollicitude que le commerce n'a nullement provoquée, on veut confier la fortune du négociant et son honneur commercial à l'appréciation d'hommes que ni leur profond savoir, ni leurs habitudes n'ont initiés et ne pourront initier à l'immense vie du commerce terrestre et maritime!

Le projet présenté par vous, Monsieur le Ministre, a été élaboré par une commission, nommée par arrêté royal du 22 janvier 1855.

Dans l'exposé des motifs vous faites observer que ce vaste travail émane des magistrats choisis dans les divers degrés de la hiérarchie judiciaire, et dont le savoir, l'expérience et l'activité ont été appréciés au point que vous avez jugé inutile de consulter les cours et les tribunaux sur le projet élaboré par ces magistrats et émané en quelque sorte du pouvoir judiciaire lui-même.

Le tribunal de commerce d'Anvers manquerait à la vérité s'il ne vous exprimait son regret de ce que, d'une part, le Gouvernement n'ait fait entrer dans la composition de la commission susdite que des hommes faisant partie de la fraction du pouvoir judiciaire dite civile et criminelle, et que d'autre part, avant la soumission de ce projet aux discussions de la Chambre, le Gouvernement, agissant en cela bien autrement que ne le fit le gouvernement de France lors de la préparation du titre *des tribunaux de commerce*, bien autrement encore que ne le témoignent les antécédents du Gouvernement belge dans une foule de circonstances d'une importance secondaire, ait jugé inutile de s'entourer des lumières que les divers tribunaux consulaires auraient pu jeter sur une question aussi vitale dans l'organisation politique de la Belgique.

Assurément le commerce et spécialement la fraction du pouvoir judiciaire dont le tribunal de commerce d'Anvers a l'honneur de faire partie, ne méritaient sous aucun rapport ni l'une ni l'autre de ces omissions.

Les considérations et les données ci-dessus émises autorisent à croire que l'intervention officielle de l'élément commercial dans les discussions préparatoires du dit projet et plus spécialement celle des magistrats consulaires dans l'examen de ce projet, auraient apporté un tribut utile à cette œuvre d'intérêt général. N'est-ce pas à leur coopération qu'est dû l'édifice commercial? Ils eussent fait comprendre que l'élément juridique légal et l'élément juridique commercial doivent, par leur nature, vivre séparés dans tout grand centre du commerce et de l'industrie; que vouloir greffer ces deux éléments l'un sur l'autre, c'est préparer l'anéantissement de celui-ci.

Aussi cette appréciation n'a-t-elle pas échappé à la commission. En effet dans sa séance du 2 novembre 1855, elle avait adopté, *après discussion*, les dispositions des art. 7, 8 et 9 du premier projet, parmi lesquels se trouvait l'art. 111 du projet actuel; mais bientôt elle revint sur ses pas; ce fut dans la deuxième séance suivante, celle du 16 novembre, et à quelle occasion? A l'occasion de la résistance du commerce. Tant il était évident pour les magistrats de la commission que l'art. 111 prérappelé serait l'objet d'une réprobation presque générale dans le commerce, qu'elle crut devoir prendre les devants en appellant au secours de ce même art. 111, une mesure comminatoire à inscrire en tête de la loi.

Cet épouvantail contre toute velléité de démonstration hostile, ce bill d'introduction forcée du

Digitized by Google

principe nouveau a été tracé par l'alinéa 2 de l'art. 106 sur lequel nous aurons à revenir [1].

Le texte du procès-verbal de la dite séance porte:

»Un membre de la commission émet l'opinion »que les dispositions relatives aux présidents des »tribunaux de commerce, adoptées par la commis»sion dans l'intérêt de la bonne administration de »la justice et en vue d'une protection efficace pour »le commerce, pourraient rencontrer du mécontente»ment parmi les commerçants dans certaines lo»calités, mécontentement qui finira par disparaître »devant les bons résultats que le système produira, »mais dont les premiers effets seront peut-être »d'élever un obstacle aux élections et par suite à »la formation des tribunaux de commerce, et il »croit que la loi devrait prescrire une règle de »nature à empêcher l'inconvénient qui pourrait en »résulter.

»La commission adopte cette proposition et dé»cide, etc. etc.«

On le voit, pas de contradiction; unanimité de pensées sur les causes, sur les effets et sur le remède préventif. Peut-on avoir rien de plus significatif au regard de la prescidence de l'opinion du commerce?

Oui cette opinion est celle-ci: *L'intérêt de la bonne administration de la justice consulaire* est en opposition diamétrale avec l'innovation qu'on entend lui imposer. Rien n'est moins *efficace*, que la *protection* à laquelle on veut l'assujettir. Les plus grandes autorités dans la science du droit commercial, une pratique immémoriale impriment un cachet de contrevérité aux raisons dont s'étaie la commission. Ces raisons, le commerce les revendique pour la conservation de ses droits imprescriptibles. Intervertir ces raisons dans l'application, ce n'est pas améliorer l'administration de la justice consulaire, ce n'est pas servir l'intérêt du commerce, c'est jeter ces deux intérêts dans un même abime. Pour le prouver, il ne manquait autre chose que la mesure comminatoire dont s'arma le nouveau système, car il implique évidemment sa condamnation.

Qu'à des motifs inadmissibles la commission ait cru devoir ajouter une dose d'espérances quant aux résultats, on le conçoit; mais le commerce n'a pas foi dans ces prophéties, quelques sincères qu'elles soient et il leur oppose une bannière sur laquelle plus de quatre siècles ont inscrit et sa franchise judiciaire pure et exempte d'éléments étrangers, et la vigueur comme la sagesse de l'institution qu'il a su maintenir intacte contre les luttes les plus acharnées et enfin, les honneurs que lui ont reconnus tant de législateurs et d'hommes compétents même aux plus fortes crises politiques. A l'ombre de cette bannière il s'écrie avec raison: »Le mieux »est l'ennemi du bien.«

Si l'application de cette maxime avait besoin d'être encore justifiée dans l'espèce, elle le sera surabondamment par l'examen auquel nous devons nous livrer maintenant des motifs qui ont déterminé la commission à adopter les articles 7, 8 et 9 de l'avant-projet.

La commission a motivé son vote dans les termes suivants:

»Une longue expérience a prouvé que dans l'in»térêt des justiciables, comme dans l'intérêt de la »dignité de la justice, il convient de placer à la »tête des tribunaux de commerce un magistrat qui, »par ses connaissances spéciales, soit à même de »diriger et d'éclairer les délibérations de ses collè»gues. Chacun des membres de la commission a »pu, dans sa carrière judiciaire, constater des faits »nombreux attestant que dans l'état actuel, les tri»bunaux de commere sont constamment, quant à leurs »décisions, sous l'influence de personnes sans carac»tère officiel et sans responsabilité.«

Cette passage renferme plusieurs propositions. Le tribunal se croit obligé de s'arrêter à chacune d'elles.

Première Proposition.

L'expérience des membres de la commission est le résultat *des faits nombreux attestant*, etc.

---

[1] Art. 108. Lorsque aucun tribunal de commerce n'est établi dans un arrondissement, le tribunal de première instance y exerce la juridiction commerciale.

Il en est de même lorsque le tribunal de commerce établi n'a pu être composé pour l'époque de son entrée en fonctions.

Dans ce cas, le tribunal de première instance juge sans l'assistance du ministère public, conformément aux dispositions qui régissent les tribunaux de commerce.

Digitized by Google

Il serait tout aussi difficile de préciser ces faits, du moins en ce qui concerne le tribunal de commerce de la métropole commerciale, qu'il le serait de constater les faits de dépendance des juges civils. Cependant, (hypothèse pour hypothèse) dans combien de tribunaux civils la prépondérance du Président sur ses assesseurs ne paraît-elle pas telle que l'opinion publique, à tort ou à raison, ne considère la sentence rendue que comme l'émanation d'une seule opinion dominante?

Mais ici, dira-t-on, tout au plus se range-t-on du côté du président qui est revêtu d'un caractère officiel. Eh bien, c'est de quoi il faut prendre acte pour différentier le résultat; car dans un tribunal consulaire où résiderait ce double caractère, il n'y aurait pas seulement l'influence du savoir, il y aurait encore le prestige de la supériorité hiérarchique. Or l'influence du greffier (car il faut le nommer, à défaut de la commission) l'influence du greffier comme jurisconsulte ou, pour suivre la circonlocution employée, comme homme *pourvu de connaissances spéciales*, n'a aucun titre à imposer, aucune opinion à présenter si le tribunal ne veut y recourir, et si, de ce convi, il manifeste sa manière de voir, nulle considération ne saurait y assujettir aucun des trois juges sur lesquels repose le soin de décider.

Que l'on substitue maintenant à cet organe purement consultatif l'élément légal officiel, délibératif et présidentiel, quelle sera la situation? Elle se touche du doigt: Il n'y aura en réalité qu'un juge à savoir le Président pour toutes les questions qu'il revendiquera comme se rattachant prétendûment à ses *connaissances spéciales*, ou deux juges seulement pour toutes questions de commercialité pure, questions qui forment les $^7/_8$ des contestations consulaires.

Il sera donc vrai de dire que le tribunal de commerce ne sera jamais ou du moins presque jamais complet.

Nous ne reviendrons pas ici, Monsieur le Ministre, sur les *connaissances spéciales* qu'il faut avant tout pour apprécier sainement les contestations en matière de commerce de terre et de mer. Mais, c'est une erreur bien grande, nous l'affirmons hautement en vertu de l'expérience des siècles et de celle qu'il nous a été donné d'acquérir dans notre carrière commerciale et judiciaire, c'est une grave erreur que de supposer ces connaissances soit à des hommes blanchis dans la magistrature judiciaire civile soit même aux membres de l'ordre estimable du barreau.

Oui, le jurisconsulte qui se sera voué, et cela est assez rare, aux affaires litigieuses du commerce, finira par acquérir une certaine aptitude à la compréhension et à la solution des questions qui s'offrent dans la pratique; mais qu'on l'interroge et il dira avec cette franchise qui lui appartient et ne fait que relever son mérite, que plus il s'est adonné aux affaires commerciales, plus il a compris combien lui sont nécessaires le secours et les lumières de ses clients. C'est le propre de l'homme qui n'a jamais approfondi une science que de croire de bonne foi qu'il lui suffirait de peu pour y être bientôt initié.

Que si *des faits nombreux* tels que ceux auxquels la commission a fait allusion se sont produits, ce n'est pas une raison, Monsieur le Ministre, pour fausser dans son essence l'institution que le tribunal défend avec toute la vigueur de ses convictions. En effet le remède est à côté du mal.

D'après l'art. 105 de la Constitution, c'est la loi qui détermine les lieux où il y aura un tribunal de commerce; donc la loi peut supprimer tel tribunal qui ne répond pas au but pour lequel il a été institué.

Que si le mal, après une constatation, vient de l'influence fatale quelqu'un des ces hommes privés de caractère officiel, il n'est pas vrai de dire avec la commission que cet homme soit irresponsable, car à l'égal des membres du parquet du Ministère public et de tant d'autres fonctionaires, les services du greffier consulaire peuvent être appréciés dans l'ordre du maintien ou de la révocation de la mission lui confiée par le roi.

Deuxième proposition.

Dans *l'intérêt des justiciables* ..... *il convient de placer*, etc. etc. Ces justiciables, ce sont les industriels et les commerçants. Eh bien, Monsieur le Ministre, que l'on donne à cette question fondamentale l'épreuve d'une enquête par forme de votes

Digitized by Google

à recueillir, non seulement parmi les notables mais aussi parmi tous les marchands et industriels patentés, et la vérité sera connue. Il serait étrange que les vœux du commerce en cette matière eussent été méconnus aux diverses époques qui ont été précédemment signalées et notamment en 1846 et 1848 par les divers corps qui avaient l'honneur d'en être les organes les plus immédiats; et qu'en serait-il encore aujourd'hui que ces corps sont composés d'autres hommes? Rien de plus normal, Monsieur le Ministre, que l'épreuve que nous appelons de tous nos vœux, car elle se coordonne parfaitement avec les institutions d'un peuple libre et avide de bonnes lois.

Troisième Proposition.

Dans l'intérêt.... *de la dignité de la justice il convient*, etc. etc.

Le sentiment que le tribunal de commerce d'Anvers a éprouvé à la lecture de ce passage, il doit s'abstenir de le définir.

Chargé en ce qui le concerne du dépôt le plus précieux qui se puisse concevoir, celui de la dignité judiciaire, le tribunal en corps, et chacun de ses membres en particulier ne sauraient que protester hautement contre l'inculpation dans laquelle la commission n'a pas craint de l'envelopper. Il a fallu, Monsieur le Ministre, tout le courage et toute la conviction de ses devoirs en présence des suffrages de ses concitoyens et de la confiance de son Roi, pour que le tribunal n'en continuât pas moins à vouer son temps à l'accomplissement désintéressé du mandat qu'il a accepté avec la plus entière abnégation.

C'est, à n'en pas douter, pour n'avoir jamais pénétré dans le sanctuaire des délibérations qui doit être mûré et pour avoir prêté l'oreille à quelques déconvenues (et où celles-ci ne surgissent-elles pas?) que les membres de la commission susdite ont hasardé une des assertions les plus graves qui se puissent produire contre un corps judiciaire.

Quoiqu'il en soit, le tribunal attendra avec confiance et avec calme les discussions législatives pour autant que le gouvernement persiste dans la partie du projet d'organisation judiciaire dont il s'agit, et il apprendra, car il a droit de l'espérer, quelle est la part qui lui est réservée dans les motifs qui ont semblé devoir justifier la mesure soi-disant protectrice de sa dignité.

Qu'une considération cependant nous soit permise: le nouveau projet sauve-t-il la dignité des tribunaux de commerce dont il se préoccupe à tort? Ils avaient auprès d'eux l'élément légal à titre consultatif; on le leur impose à titre d'autorité; au lieu d'un conseil, on leur donne un tuteur. Sans doute la première condition de la dignité est l'indépendance; or, dans l'organisation projetée, les commerçants, avec le nom et la responsabilité de juges, ne seront le plus souvent que les certificateurs du Président auquel ils donneront oralement des parères. Nous ne connaissons à Anvers aucun notable qui veuille accepter une position pareille [1];

Quatrième proposition.

Les faits nombreux constatés par chacun des membres de la commission du projet... , dérivent *de l'influence de personnes sans caractère officiel et sans responsabilité.*

Permettez-nous, Monsieur le Ministre, de répéter que ces personnes ne peuvent être que les greffiers des tribunaux de commerce.

S'il était vrai que le greffier dut régulièrement et normalement rester en dehors du fonctionnement des tribunaux de commerce tels qu'ils sont organisés aujourd'hui encore croirions-nous avoir suffisamment répondu à l'objection en disant: Tout juge civil, n'importe dans quelle sphère il se trouve placé, se fera honneur de convenir que dans sa carrière, il ne s'en est pas toujours rapporté à ses propres inspirations et à celles de ces collègues;

[1] Les rédacteurs du premier projet du code de commerce avaient proposé d'instituer dans chaque cour d'appel une section spéciale pour les affaires de commerce, composée de quatre magistrats ordinaires et de trois anciens commerçants. La cour de Rennes seule donna un avis favorable. Les autres cours combattirent cette nouveauté par plusieurs raisons dont l'examen prouve que l'on sous-entendait la principale, c'est-à-dire la répugnance de marier deux éléments hétérogènes et la conviction que ces éléments ne feraient que mauvais ménage.

La république ligurienne prit ce plan en sous-œuvre. L'essai qui en fut fait à Gênes réussit mal. Les quatre magistrats et les trois commerçants se mirent en opposition permanente et irréconciliable, nous dit Vincens (*expos. raisonnée de la législ. comm.* t. I. p. 84). On s'écarta en vertu de ce qui devait rapprocher et la jurisprudence en fut réellement faussée.

Digitized by Google

que le doute l'a quelquefois, sinon souvent, conduit à s'éclairer à d'autres sources vivantes. En quoi donc y aurait-il étrangeté dans le même procédé de la part du juge consulaire? Le bien de la justice n'y trouve-t-il pas son profit? Ils sont bien rares les adeptes consciencieux du vrai qui sacrifient ce devoir de consultation, aux étroits scrupules de l'amour-propre.

Mais nulle loi impérative n'a borné le greffier aux travaux matériels de son greffe; une mission plus importante lui est dévolue au tribunal de commerce. D'après l'esprit de l'institution qu'on ne veut pas comprendre, déjà nous avons cherché à définir cette mission; mais il importe d'y revenir puisque c'est elle surtout qu'on attaque; il importe de montrer de quelle source elle procède, quelle est sa portée et si l'influence qu'elle aerée s'exerce autrement que dans l'intérêt de la justice.

Afin d'avoir le moins possible à se défier de ses forces le tribunal de commerce d'Anvers se recrute des notabilités dans les diverses branches du commerce.

A coté de l'élément commercial dans ses diverses parties les plus importantes, le tribunal appelle dans son sein non pas un simple licencié en droit, ni un magistrat de l'ordre judiciaire civil, mais un homme mûri dans le maniement des affaires litigieuses et ayant acquis par une longue expérience autant de notions des affaires commerciales qu'il est possible d'en acquérir sans la pratique même du commerce. C'est à ces titres, outre les garanties d'une probité et d'une activité bien éprouvées, que le tribunal a l'habitude de recommander respectueusement au roi la nomination de son greffier. Certes entre un homme revêtu de cette confiance et les membres du tribunal, il y a réciprocité d'estime et de bienveillance. Bientôt, aux talents qui distinguent généralement le greffier d'un tribunal de commerce et à l'habilité de saisir dans les procès commerciaux le point difficultueux, vient se joindre une aptitude particulière à recueillir promptement le sentiment des juges avec lesquels il se trouve constamment en délibération. De là cette confiance dont le tribunal consulaire s'honore, disposition intime que l'on a traduit en influence et dont on s'est plu à exagérer le degré aussi bien que la nature. Eh bien, ici les présidents et juges de commerce d'Anvers, à l'instar de leurs devanciers tiennent à devoir d'attester que cette prétendue influence quand on lui a permis de se produire, n'a jamais que puissamment contribué au but et au bien-être de l'institution consulaire, car elle n'est autre que celle du savoir, de la plus stricte intégrité et, rappelons-le, d'une confiance justement méritée. Aussi, personne n'ignore de quelle considération le greffier du tribunal de commerce est généralement environné, et c'est à cette considération avant tout que l'institution consulaire est redevable de faire arriver dans sa composition des hommes qui consentent à abandonner une carrière aussi brillante que lucrative pour consacrer modestement le fruit de leur longue expérience et le reste de leurs jours à la marche efficace et régulière de la justice commerciale.

En résumé, rien ne pouvait être plus concluant en faveur du système actuel que l'absence du *caractère officiel* dont s'étaie la commission, tandis que *l'irresponsabilité* dont elle se prévaut serait l'apanage de la magistrature *inamovible* qu'elle veut introduire, à la différence des greffiers actuels, car évidemment ceux-ci sont responsables par le fait du titre précaire de leur office. Or, nous le demandons, quand et où cette responsabilité a-t-elle été compromise par ces hommes de choix? A cette occasion, le tribunal de commerce d'Anvers range au nombre de ses devoirs celui de renouveler solennellement ici ce qui se trouve consigné dans tant de pages de ses archives, à savoir le témoignage de la haute estime que depuis l'organisation de son institution, les greffiers se sont successivement conservés dans son sein pendant l'exercice de leurs laborieuses fonctions.

Le tribunal constate en même temps les souvenirs honorables et les regrets sincères que chacun de ces fonctionnaires a laissés. Il est fier de rappeler que sur leur poitrine brillait le signe du mérite et de l'honneur et que l'un d'eux, M. Oostendorp, aujourd'hui rentré au barreau, est président de la commission de révision du code de commerce.

Des motifs que vous apprécierez, Monsieur le Ministre, ne permettent pas au Tribunal de parler

le l'actualité; mais s'il est un vœu qu'il puisse en cette occasion joindre à celui de l'abandon de la proposition d'un système radicalement vicieux, c'est le vœu de voir raffermir et améliorer la position de son greffier et de le voir à l'abri d'allussions aussi décourageantes qu'elles sont imméritées.

En somme, Monsieur le Ministre, les quatre propositions formulées d'un seul jet pour la commission ne sauraient être accueillies avec quelque faveur par la legislature, 1° parce qu'elles portent sur des suppositions controuvées par l'expérience de siècles et celle des 40 dernières années de fonctionnement de la magistrature consulaire; 2° parce que ces suppositions loin d'être justifiées par l'intérêt des justiciables, sont au contraire contredites par leur silence ou leurs protestations; 3° parce que ces suppositions portent injustement atteinte à la fidélité des tribunaux consulaires dans l'exercice de leur mission, principalement en ce qui regarde le dépôt sacré de leur dignité et de leur autorité; 4° parce que ces suppositions sont au rebours de l'expérience et de l'enseignement des hommes les plus compétents pour apprécier les besoins du commerce et de l'industrie et les bienfaits de l'institution purement commerciale dont a joui jusqu'aujourd'hui le monde commerçant; 5° parce qu'elles tendent à infirmer sans parfaite connaissance de cause la considération des hommes d'élite que le commerce s'est acquis en qualité de greffiers et à dénaturer le genre et la portée des services qu'ils ont rendus jusqu'à ce jour au bien-être de la chose publique, 6° parce que ces mêmes suppositions, si elles pouvaient être admises, auraient pour résultat, si elles n'ont pour but, de détruire par absorption et disons-le avec le chancelier de l'Hospital, *d'étouffer* l'institution consulaire sous le prétexte de la fortifier.

Est-il besoin, Monsieur le Ministre, de démontrer quelles seront les conséquences infaillibles de la peine comminée à charge du commerce dans le cas prévu au début du titre IV intitulé des tribunaux de commerce?

Cet art. porte:

»Lorsqu'aucun tribunal de commerce n'est établi »dans un arrondissement, le tribunal de 1re instance »y exerce la juridiction commerciale.«

»*Il en est de même lorsque le tribunal de com-*»*merce établi n'a pu être composé pour l'époque de* »*son entrée en fonctions.*«

»Dans ces cas, le tribunal de 1re instance juge »sans l'assistance du Ministère publie, conformé»ment aux dispositions qui régissent les tribunaux »de commerce.«

Il faut avoir une bien faible connaissance du mouvement des causes litigieuse commerciales, de leurs exigences diverses et de leur nombre dans les grands centres du commerce et de l'industrie, pour espérer quelque bon resultat de leur renvoi devant les juges ordinaires.

A-t-on considéré, Monsieur le Ministre, combien ceux-ci sont étrangers à tout ce que reclament journellement de l'expérience du magistrat commerçant les rapports de mer et leur affirmation sur interrogatoire des gens de l'équipage, l'admissibilité pour les principales langues du monde tant des courtiers interprètes ou leurs porteurs officiels de procurations que des traducteurs jurés, les requêtes pour mise à la chaine des navires et la vérification s'ils sont prêts à mettre à la voile, pour nomination d'experts arrimeurs ou inspection de navigabilité, pour dépôt de marchandises en litige, dépôt à effectuer d'après leur nature et leur état présumé dans tel magasin plutôt que dans tel autre, pour nomination d'experts afin de constater la nature, le degré et les causes de détériorations ou d'avaries, experts qui doivent varier suivant les espèces à soumettre à leur vérification, enfin le contrôle des divers états mentionnés nos 1, 3, 4 et 5 de l'art. 191 du code de com., etc. etc.?

A-t-on supputé les loisirs qui restent aux magistrats des tribunaux civils pour s'ingérer dans toutes ces formalités et opérations de chaque jour, pour donner fréquemment des audiences extraordinaires en matière urgente sur assignation judiciaire d'heure à heure au vœu des art. 417 et 418 du code de procédure civile et enfin pour suffir, en temps opportun, à l'écoulement d'un rôle d'audience qui excède de $^3/_4$ à $^2/_3$ le nombre de causes portées au civil?

Non, on y a peu songé et le tribunal de commerce d'Anvers croit pouvoir dire, pour le cas où le système bâtard dont il s'agit, viendrait à être

Digitized by Google

maintenu en projet par le gouvernement et consacré contre toute prévision par la législature, de deux choses l'une: ou il faudra tripler le personnel de la magistrature civile ou, à côte de la juridiction officielle, il s'établira une juridiction officieuse dite arbitrale, juridiction volontaire et conforme, dans la dite hypothèse, aux nécessités impérieuses du commerce et de l'industrie.

Et qu'on ne s'y trompe pas, cette dernière juridiction, s'organisera infailliblement dans toutes les grandes populations commerçantes et industrielles, même après qu'il aurait été pourvu à la majoration convenable du personnel des tribunaux civils dits de 1re instance.

Le tribunal ne rencontrera point, Monsieur le Ministre, les autres imperfections du projet de loi ni sous le rapport des conditions évidemment insuffisantes d'idonéité exigées par l'art. 110, ni sous le rapport des cas de maladie et d'absence du président magistrat civil ou jurisconsulte et de son remplacement, (art. 145,) disposition vicieuse dans son principe autant qu'inexécutable dans la pratique, ni sur l'art. 476 qui, d'une part, réduit au nombre de deux les huissiers ordinaires du tribunal de commerce, nombre évidemment insuffisant à Anvers où en vertu de l'arrêté royal du 21 août 1841, ils sont au nombre de quatre et qui, d'autre part, sans nécessité aucune et au préjudice évident du commerce astreint le tribunal de commerce à choisir ces officiers parmi les huissiers *ordinaires* ni enfin sur l'art. 295 qui d'une manière indirecte semble enlever aux greffiers consulaires le droit de vente publique, droit dont ils sont en possession presqu'immémoriale et dont ils ont fait jusqu'aujourd'hui un usage si sobre et si conforme à leur dignité.

S'il l'estime convenir, le tribunal se reserve, Monsieur le Ministre, de revenir sur chacune de ces dispositions et vous en signaler les nombreux inconvénients.

En vous transmettant le projet dont le tribunal de commerce a discuté la partie qui concerne son institution, le très-honorable président de la commission M. Le Clercq dans la dépêche vous adressée sous la date du 18 novembre 1854, s'exprimait ainsi:

»L'arrêté royal qui l'institue (la commission) »ne l'a point chargée de préparer le projet d'une »loi nouvelle sur l'organisation judiciaire, mais »simplement de réviser, refondre et compléter les »dispositions législatives et règlementaires sur cette »matière; c'est dans cet esprit qu'elle a rempli sa »mission; elle n'a pas entendu créer de nouvelles »institutions judiciaires; *celles qui nous régissent »ont été consacrées par une longue expérience* et »notre constitution *en a sanctionné les éléments »principaux* en les coordonnant avec l'ordre poli»tique propre à la Belgique.«

Le tribunal le dit avec franchise, le programme dicté par l'arrêté royal du 22 janvier 1852 n'a pas été fidèlement suivi en ce qui concerne la juridiction commerciale. Il a été excédé du tout au tout, car on a fait une organisation nouvelle, contraire à sa raison d'être, contraire *à ce qui a été consacré par une longue expérience* et sanctionné par nos lois et par l'esprit de notre constitution; on a dénaturé cette institution précieuse à tant de titres, en éliminant brutalement l'élément principal de sa composition, celui du président, homme du commerce, homme choisi parce qu'il est consommé dans la pratique de la judicature autant que dans celle du négoce, et cela pour lui substituer un élément tout autre auquel il n'est pas donné d'avoir cette double qualité.

C'est pourquoi, Monsieur le Ministre, le tribunal de commerce d'Anvers comme l'a déjà fait le commerce lui-même, vous prie très-révérentiellement de supprimer du titre IV du projet tout ce qui a trait à l'imixtion à titre d'autorité de l'élément légal dans la jurisdiction consulaire; de consacrer le droit de celle-ci de présenter à la nomination de sa Majesté le Roi, autant d'huissier audienciers qu'elle l'estimera utile avec faculté de les choisir n'importe où, bien entendu sous les garanties voulues de probité et de capacités; et enfin de maintenir le greffier dans chacune des attributions sur la foi desquelles il a sollicité et obtenu sa nomination.

Nous vous prions, Monsieur le Ministre, d'agréer les assurances de notre haute considération.

Le Président du Tribunal de Commerce d'Anvers,
(Signé) Cateaux-Wattel.

Le Greffier,
(Signé) J^h Conard.

Berichtigung.

In No. 15. S. 120. IV, 3. 14 von oben ist „Richter" statt „Rechter" und 3. 5 von unten ist „Verhinderung" statt „Veränderung" zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 20.**

I.

Oberhofgericht.

1) Die bloße Zahlung des Kaufschillings, womit der Erwerber einer Liegenschaft die darauf ruhende Pfandschuld theilweise tilgt, bewirkt noch keine Entledigung des Grundstücks von der Pfandlast.
2) Die Annahme einer solchen Zahlung von Seiten des Gläubigers gilt nicht als stillschweigende Einwilligung in den ohne sein Zuthun abgeschlossenen Verkauf des Pfandobjekts und wirkt daher auch keinen Verzicht auf das Pfandrecht, welches vielmehr für den Rest der Forderung in seinem ganzen Umfange fortdauert.
3) Der L.R.S. 2180a spricht nur von solchen Handlungen des Gläubigers, welche den Kaufakt selbst begleiten, wohin die Annahme einer dem Verkauf nachfolgenden Zahlung nicht gehört.

Versorgungsanstalt gegen Schorpp.

Einer nach Ansicht der L.R.S. 2114. 2166 ff. begründeten Pfandklage gegenüber berief sich der Beklagte unter anderen auf folgende Thatsachen:

Nachdem er am 25. Juni 1851 das der Klägerin verpfändete Haus von Joseph Happle für 1650 fl. gekauft hatte und dieser Kauf am 30. Juni 1851 in das Grundbuch von Hausen und Kirchen, wo das Haus gelegen ist, eingetragen war, setzte das dortige Pfandgericht die Pfandgläubigerin mittels eines an sie gerichteten Schreibens vom 6. Juli 1851 von dem Verkaufe mit dem Bemerken in Kenntniß, daß der ganze Kaufpreis mit 1650 fl., da das Haus laut Pfandbuch ihr versetzt sei, an sie überschickt werde, um solchen dem Verkäufer an seiner Schuld gut zu schreiben. Die Klägerin nahm auch das überschickte Geld mit 1645 fl. 12 kr., indem sich beim Nachzählen zeigte, daß an den 1650 fl. der Betrag von 4 fl. 48 kr. fehlte, an, und quittirte dafür als Abschlagszahlung auf ihre Pfandforderung an Joseph Happle.

Der Beklagte, welcher der Klägerin alsbald das Anerbieten machte, die an dem Kaufpreise noch fehlenden 4 fl. 48 kr. sogleich nachzuzahlen, suchte nun auszuführen:

a) daß durch die geschilderten Vorgänge das von ihm gekaufte Haus in Gemäßheit der L.R.S. 2181—87 des darauf haftenden Pfandrechts der Klägerin entledigt worden sei, indem damit die wesentlichen Vorschriften dieser Gesetzesstellen von ihm, beziehungsweise von dem in seinem Auftrage handelnden Pfandgerichte von Hausen und Kirchen erfüllt worden seien;
b) daß in der auf die Mittheilung des Pfandgerichts vom 6. Juli 1851 erfolgten Annahme des Kaufpreises des Hauses von Seiten der Klägerin die stillschweigende Einwilligung derselben in den Verkauf und damit nach L.R.S. 2180a ein Verzicht auf ihr Pfandrecht gefunden werden müsse;
c) daß er zur Abtretung des Hauses, im Falle er sich hiefür entscheiden werde, wenigstens nur unter der Bedingung schuldig sei, daß die Klägerin ihm den an sie bezahlten Kaufpreis mit 1645 fl. 12 kr. rückersetze, indem ihr Gesuch, soweit es auf unbedingte Abtretung des Hauses gerichtet ist, jedenfalls gegen die guten Sitten verstoße.

Die

oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe

finden aber die eben gedachten Folgerungen nicht begründet und sprechen aus:

Digitized by Google

„Es ist von selbst klar, daß weder die eine noch die andere dieser Rechtswirkungen eintritt, wenn der persönliche Schuldner dem Pfandgläubiger eine Abschlagszahlung leistet, denn wenn auch dadurch die Forderung des Gläubigers nach Verhältniß der geleisteten Zahlung erlöscht, so dauert doch das Pfandrecht für den Rest der Forderung in seinem ganzen Umfange fort. L.R.S. 2114. Nun ist aber die Zahlung, wenn auch nicht unmittelbar aus den Händen des Schuldners selbst, doch in seinem Namen und für ihn als Abschlagszahlung geleistet und in diesem Sinne von der Klägerin angenommen worden, wie aus dem Schreiben der Letzteren vom 18. Juli 1850 deutlich sich ergibt. Diese Zahlung muß also in jeder Beziehung so betrachtet werden, als wenn sie von dem Darleihschuldner selbst wäre geleistet worden.

Außerdem fehlt es an allen Voraussetzungen, um in der Annahme dieser Zahlung irgend eine stillschweigende Einwilligung zur Verminderung oder Erlöschung der Pfandrechte der Klägerin zu finden. Es fehlt insbesondere an einer zur Annahme reifen Erklärung, auf welche hin der Gläubiger die angebotene Zahlung nur unter der Voraussetzung eines Verzichts auf sein Pfandrecht hätte annehmen können.

Mag auch vielleicht der Käufer die irrige Meinung gehabt haben, daß er durch eine mittelst des Pfandgerichts übersandte Zahlung des Kaufpreises zur theilweisen Tilgung der Happle'schen Schuld die gekaufte Liegenschaft von der Pfandlast befreie, so ist doch eine solche Meinung noch keine zur Annahme reife Erklärung, und es ist weder behauptet noch nachgewiesen, daß das Zahlungsanerbieten von irgend einer Bedingung hinsichtlich des Verzichts auf das Pfandrecht begleitet gewesen, oder daß auch nur die Absicht, das Grundstück dadurch von der Pfandlast zu befreien, damit ausgesprochen worden sei. Dieses aber wäre die erste und unerläßliche Voraussetzung um der Annahme des Geldes als stillschweigende Folge die Zustimmung zu einer solchen Absicht, somit die Wirkung des Entledigungsverfahrens oder eines Verzichts im Sinne des Satzes 2180a beizumessen.

Wenn auch die Klägerin wußte, daß die Mittel zur Abschlagszahlung durch einen theilweisen Verkauf des Pfandobjekts herbeigeschafft waren, so lag doch in diesem Wissen allein noch keine rechtliche Nöthigung für sie, die Namens des Schuldners geleistete Zahlung entweder zurückzuweisen oder mit deren Abnahme auf das Pfandrecht zu verzichten.

Ebensowenig hat sie damit den Verkauf, der ohne ihr Zuthun und ihre Mitwirkung stattgefunden hatte, im Sinne des Satzes 2180a genehmigt, indem dieser Satz nur von solchen Handlungen des Gläubigers spricht, die den Kaufakt selbst begleiten, und auf welche hin der Käufer unter Mitwirkung des Gläubigers den Vertrag abschließt, nicht aber von einer, dem abgeschlossenen Vertrage nachfolgenden Zahlung, die nach L.R.S. 1236 nicht blos vom Schuldner, sondern von jedem Dritten an den Gläubiger geleistet werden, und deren Annahme oder Nichtannahme keinen Einfluß mehr auf die Zustimmung des Käufers zu dem Verkaufe ausüben kann.

Ebensowenig läßt sich endlich aus der einfachen Thatsache der Annahme einer Abschlagszahlung die Folge ableiten, daß die Pfandklage nur gegen Rückgabe der empfangenen Zahlung erhoben werden könne.

Der Beklagte hat die Vorsichtsmaßregeln versäumt, welche nöthig sind, um die gekaufte Liegenschaft von dem Pfandrecht zu befreien, und wenn die Klägerin deßhalb die Fortdauer des Pfandrechts in Anspruch nimmt, um selbst keinen Schaden zu erleiden, so kann aus dem Schaden des Beklagten nichts gegen die guten Sitten Verstoßendes abgeleitet werden, da sich die Klägerin nicht auf seine Kosten bereichert." —

Da die übrigen Einreden des Beklagten, welche kein juristisches Interesse darbieten, von dem höchsten Gerichtshofe gleichfalls nicht für begründet gehalten wurden, so erfolgte am 7. April d. J. in 3. Instanz ein bestätigendes Urtheil, welches ausspricht, daß der Beklagte schuldig sei, die eingeklagte Restforderung sammt Zinsen zu zahlen oder von dem Unterpfandsgute, behufs öffentlicher Versteigerung abzutreten.

D. R.

II.

Ist die Giltigkeit eines Gemeinderathsbeschlusses dadurch bedingt, daß solcher in das Rathsprotokoll eingetragen, und dieses von sämmtlichen anwesenden Rathsgliedern unterschrieben worden sei? §. 43 G.O.

Vergl. Annalen XXI. S. 369. XXII. S. 186.

Die Bestimmung des §. 43 der Gemeindeordnung: „Das Rathsprotokoll muß von allen anwesenden Raths-

gliedern unterschrieben werden," findet, wie sich dieß wieder aus den an den oben angeführten Stellen der Annalen mitgetheilten beiden gerichtlichen Entscheidungen ergibt, eine verschiedenartige Auslegung. Während die Entscheidungsgründe des einen Falles besagen:

„Da die Gemeindeordnung weder zur Giltigkeit noch zur Beweislichkeit eines Gemeinderathsbeschlusses den Eintrag in das Rathsprotokoll verlangt ꝛc.",

sprechen sich die Gründe der zweiten Entscheidung dahin aus:

„Der §. 43 G.O schreibt gebietend vor: Das Rathsprotokoll muß von allen anwesenden Rathsgliedern unterschrieben werden."

Indem nun der Gesetzgeber diese Form der Beurkundung eines Gemeinderathsprotokolls ausdrücklich und gebietend vorschrieb, wollte er eine Garantie dafür geben, daß nicht solche Beschlüsse zum Vollzuge kommen, zu welchen nicht die in Abs. 1 und 3 des §. 43 G.O. geordnete Mehrheit ihre Zustimmung gegeben hat. Nur solche Gemeinderathsbeschlüsse gelangen daher einer Gemeinde gegenüber zu verbindlicher Kraft, welche in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise protokollirt worden sind ꝛc.

Die bedeutenden Consequenzen der letzteren strengeren Ansicht leuchten von selbst ein, wenn man den gesetzlichen Wirkungskreis des Gemeinderaths, und die hiedurch bedingten Beziehungen der Gemeinde, sowie die öffentlichen und privatrechtlichen Verhältnisse Dritter, welche in den Beschlüssen des Gemeinderaths ihre Entstehung finden, ins Auge faßt.

Analog dem prozessualischen Grundsatze: quod non in actis, non in mundo, wird hiernach dem Rathsprotokoll eine Rechtswirkung in der Weise beigelegt, daß, was dieses Protokoll nicht enthält, auch für die Gemeinde in rechtsverbindlicher Weise nicht existirt.

Bei der tief eingreifenden praktischen Bedeutung der Frage werden sich daher einige Bemerkungen von selbst rechtfertigen, mit welchen die Widerlegung dieser strengeren Ansicht versucht werden soll.

Für die Beurtheilung der Giltigkeit eines Gemeindeaktes, wozu auch Gemeinderathsbeschlüsse gehören, ist im Allgemeinen die Vorschrift des L.R.S. 6k maßgebend.

Durchgehends nichtig wäre hiernach ein derartiger Akt, wenn auf die Nichtbeobachtung der für denselben vorgeschriebenen Beurkundung ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt, oder das Beurkundungsverfahren für eine nothwendige Feierlichkeit oder Förmlichkeit erklärt ist.

Wenn nun auch die Gemeindeordnung vorschreibt, daß die in den Sitzungen des Gemeinderaths gefaßten Beschlüsse durch die Protokollirung des Rathschreibers eine bleibende Beurkundung erhalten, und das Protokoll von sämmtlichen anwesenden Rathsgliedern unterschrieben werden solle, damit daraus sofort ersehen werden könne, ob der Beschluß von der gesetzlich erforderten Mehrzahl gefaßt worden sei, so ist damit noch nicht gesagt, daß ohne diese Beurkundung der Beschluß in rechtswirkender Weise gar nicht existire, eine ausdrückliche Nichtigkeit desselben ist für den Fall der mangelnden Beurkundung jedenfalls nicht ausgesprochen.

Nun könnte allerdings in den Worten: „das Rathsprotokoll muß von allen anwesenden Rathsgliedern unterschrieben werden" die Niedersetzung des Protokolls selbst als eine zur Giltigkeit des Akts (Beschlusses) für nothwendig erklärte Förmlichkeit gefunden werden.

Allein diese schon dem Wortlaut zuwiderlaufende Auslegung geht auch in der Sache offenbar zu weit.

Der §. 43 G.O. setzt zwar fest, wie viele Mitglieder des Rathscollegiums, und welche Stimmenmehrheit derselben zur Gültigkeit eines Beschlusses erforderlich seien; aber er bezeichnet nicht ebenso die von ihm weiter vorgeschriebene Protokollirung als eine zur rechtsverbindlichen Wesenheit des gefaßten Beschlusses erforderliche Nothwendigkeit, es ist darin nicht die Nothwendigkeit des Protokolls selbst als Erforderniß der Giltigkeit des Beschlusses ausgesprochen, sondern er gibt in Beziehung auf das Protokoll eine Vorschrift, was zu dessen vollständiger Formgiltigkeit gehöre, damit diese Beurkundung als eine vollgiltige, jeden weiteren Beweis unnöthig machende angesehen werden könne.

Nach unserer Ansicht wäre also in jener Bestimmung gewissermaßen nur eine Instruktionsvorschrift gegeben, durch welche die sicherste Gewähr (abgesehen natürlich von dem Einwande einer Fälschung), für das Vorhandensein eines Gemeinderathsbeschlusses erbracht werden soll; sie enthält nur eine Formvorschrift für die sofortige Beweislichkeit, woraus weiter folgt, daß in Ermanglung protokollarischer Beurkundung eines Gemeinderathsbeschlusses dieser für die Gemeinde keineswegs ohne alle Rechtswirkung ist, daß vielmehr auch ihr gegenüber dessen Dasein bei entstehenden Streitigkeiten durch andere prozessualisch zulässige Beweismittel erbracht werden kann.

In weiterer Anwendung des L.R.S. 6k wäre alsdann damit auch festgestellt, daß, wo ein derartiges Protokoll

Digitized by Google

sonst in gehöriger Form verfaßt, und die Anwesenheit der zur giltigen Beschlußfassung erforderlichen Zahl von Rathsgliedern beurkundet, es im einzelnen Falle immer noch im Ermessen des Richters gelegen ist, auch in Ermanglung der Unterschrift sämmtlicher Anwesenden die Beurkundung als eine vollgiltige anzusehen. oder nicht.

Ist es hiernach auch eine ziemlich beschränkte Bedeutung, welche der fraglichen Gesetzesbestimmung beigelegt wird, so erscheint, soferne man die hier versuchte Auslegung überhaupt nicht für unzulässig erachtet, diese mildere Anschauung schon um deßwillen sehr wünschenswerth, wenn man erwägt, wie es erfahrungsgemäß in den Gemeinden insbesondere auf dem Lande, gar häufig mit der Führung des Protokollbuches gehalten wird, und wie bei der Nachlässigkeit mancher Rathschreiber und der oft mangelnden Controlle von Seiten der Gemeindevorgesetzten gegen denselben, der Rechtsstand Dritter, welche in Folge von Gemeinderathsbeschlüssen in Rechtsverhältnisse aller Art einer Gemeinde gegenüber eingetreten sind, bei Anwendung der strengeren Auslegung ohne ihr Verschulden gefährdet werden, ja häufig ohne wirksamen Rechtsschutz bleiben müßte, indem die im äußersten Falle eintretende Entschädigungspflicht der Gemeinderathsmitglieder zu weitläufigen und schwierigen Prozessen, nicht selten aber zu keinem Erfolge führt.

Dabei versteht es sich von selbst, daß damit die Vorschrift der Führung des Rathsprotokolls und des Eintrags sämmtlicher Beschlüsse des Gemeinderaths in dasselbe an sich in ihrer Giltigkeit nicht verringert wird; jede Nachlässigkeit auf Seiten des Gemeinderaths und des Rathschreibers, sowie jede Nichtausübung der erforderlichen Controlle gegen den letzteren von Seiten des Gemeinderaths ist und bleibt pflichtwidrig, und macht sie deßhalb für jeden allenfallsigen Schaden verantwortlich, unbeschadet des disciplinären Einschreitens, zu welchem die Staatsaufsichtsbehörden auch in dieser Beziehung ohnedies befugt und verpflichtet sind.

Referendär v. Scherer. *)

*) Secretariatspraktikant bei großh. Ministerium des Innern in Karlsruhe.

III.

Rechtsfall über Erbdienstbarkeit, Gewerbsrecognition und Frohndpflichtigkeit.

v. Adelsheim gegen Ernst.

In dieser Streitsache hat die klagende Grundherrschaft von A. behauptet, daß auf der bei Adelsheim gelegenen Säg, Oehl- und Gyps-Mühle des Beklagten als Erbdienstbarkeit zu ihren Gunsten eine Erbgült (ein Erbzins) von jährlich 9 fl. und die Verbindlichkeit laste, auf ihr Verlangen jährlich 80 Bretter unentgeldlich, auch die zu ihren Gewerben und Anwesen weiter erforderlichen Bretter um zwei Kreuzer wohlfeiler als anderen Leuten zu schneiden. Dieser Anspruch wurde in erster Reihe auf Verträge gegründet, welche in den Jahren 1653. 1666 und 1780 zwischen den damaligen Häuptern der klagenden Grundherrschaft und dem Erbauer, beziehungsweise einem früheren Besitzer der Mühle des Beklagten, abgeschlossen worden seien.

In dem ersten Vertrag (von 1653) sollen die Freiherren Johann Christoph und Wilhelm Heinrich von Adelsheim dem Melchior Munk zum Behufe der Errichtung einer Oehl-, Säg- und Schleifmühle einen Platz erblich verkauft und dabei bedungen haben:

1) daß, wenn solches Mühlwerk der grundherrlichen Mahlmühle an Wasser oder sonst schade, er (M. Munk) solchem entstehenden Nachtheil zuvorzukommen oder das Werk abzuschaffen schuldig sei,
2) daß M. Munk für den Erkauf jährlich an Bestand als unablösliche Gült fünf Gulden auf Martini, und zwar Martini 1653 erstmals entrichten sollte,
3) daß derselbe der Grundherrschaft jährlich 60 Bretter, zu welchen ihm das Material geliefert werden müsse, unentgeldlich zu schneiden habe, und
4) daß er der Grundherrschaft die zu ihren Gewerben und eigenen Wesen benöthigten Bretter um zwei Kreuzer wohlfeiler als anderen Leuten zu schneiden verbunden sei.

Durch den zweiten Vertrag (von 1666) soll dem M. Munk von der Grundherrschaft von Adelsheim ein weiterer Platz (und zwar derjenige Platz, auf welchem die Mühle des Beklagten steht) mit der Erlaubniß, darauf seine Säg-, Oehl- und Schleifmühle zu erbauen, unter dem Geding überlassen worden sein,

daß er zu der im Jahre 1653 bedungenen Erbgült und zu den sonstigen bedungenen Leistungen weiter 2½ fl. entrichte und 20 Bretter unentgeldlich zu schneiden habe.

Durch den dritten Vertrag (von 1780) soll dem damaligen Besitzer der von M. Munk erbauten Mühle, Mathias Gerner, von der Grundherrschaft von A. die Erlaubniß ertheilt worden sein, das Mühlwerk gegen die weitere Abgabe von 1 fl. 30 kr. um eine Hanf- und Reibmühle zu vergrößern.

Die Klage geht auf Anerkennung der behaupteten Last und Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der fälligen Zinsbeträge.

Der Beklagte hat nicht allein den Abschluß solcher Verträge in Abrede gestellt, sondern auch bestritten, daß dieselben eine privatrechtliche Last seiner Mühle (eine Reallast, im Sinne des deutschen Privatrechts, beziehungsweise eine Erbdienstbarkeit im Sinne des Landrechts) begründet haben würden, indem die hierin ausgedrückten, für die Erlaubniß zum Betrieb eines Gewerbes zugesagten Verbindlichkeiten lediglich als Gewerbsrecognition, mithin als eine der dem öffentlichen Rechte angehörigen, durch das Gesetz vom 14. Mai 1825 aufgehobenen alten Abgaben, beurtheilt werden müßten.

Die Klagbarkeit der behaupteten Verbindlichkeit zum unentgeldlichen und beziehungsweise wohlfeileren Schneiden von Brettern hat der Beklagte aber auch für den Fall, daß sie als eine privatrechtliche angesehen werden wollte, deßhalb bestritten, weil sie eine der durch Gesetz vom 28. Dezember 1831 aufgehobenen Frohndpflichtigkeiten enthalte. —

Die hierdurch gegebene Streitfrage über die rechtliche Natur des durch die erwähnten Verträge begründeten Verhältnisses wurde jedoch in erster und zweiter Instanz, in letzterer von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises, III. Civ.-Senat, zu Gunsten der Klägerin entschieden, (daß gleichwohl eine Abänderung des amtlichen Urtheils erfolgte, hatte seinen Grund in Beweisfragen). Die

hofgerichtlichen Gründe

zu dem, dem Endurtheil vorausgegangenen Beweiserkenntniß vom 14. Oktober 1856 No. 9001 besagen in der hierher bezüglichen Stelle:

„Die Kläger beanspruchen die Berechtigung zu Leistungen, welche als Reallasten (— Erbdienstbarkeiten —), auf der Mühle des Beklagten haften sollen.

Daß solche Leistungen, wie sie behauptet werden (Abgaben in Geld und das Schneiden von Brettern um keinen, beziehungsweise einen verhältnißmäßig geringeren Lohn), vor Einführung des Landrechts als Reallasten vorkamen, will und kann von dem Beklagten nicht bestritten werden; er bestreitet aber:

einestheils, daß die von der Klägerin angeführten thatsächlichen Verhältnisse geeignet waren, die fragliche Reallast zu begründen,

anderntheils, daß ein Theil der Leistungen (der Bretterschnitt) als eine gesetzlich aufgehobene Frohndpflicht jetzt noch klagbar sei.

Die letztere Beanstandung widerlegt sich jedoch durch die Erwägung, daß die Verbindlichkeit zum unentgeldlichen, beziehungsweise wohlfeileren Bretterschnitt keineswegs eine Frohndpflichtigkeit ist, indem das Wesentliche dieser Last hier — wo es sich um die Leistungen des Besitzers einer Säg mühle handelt, der das Schneiden von Brettern schon zufolge seines Gewerbes vollzieht — nicht in dem Bretterschnitt, sondern darin besteht, daß derselbe unentgeldlich, und beziehungsweise umgeringeren als den üblichen Lohn geschehe, daß mithin der für den Bretterschnitt verdiente Lohn als weitere Abgabe neben dem auf 9 fl. fixirten Zins der Klägerin belassen werde; es liegt in dieser Last die Verbindlichkeit zur Bezahlung eines weiteren Geldzinses, dessen Größe nur durch den für die gewerbsmäßig vollzogene Arbeit des Bretterschneidens jeweils verdienten Lohn bestimmt, und welcher durch Aufrechnung dieses Lohnguthabens bezahlt wird.

Es läßt sich aber auch mit Grund nicht bestreiten, daß die in der Klage dargestellten thatsächlichen Verhältnisse geeignet sind, den Klaganspruch zu begründen.

Was zuvörderst die behaupteten Verträge betrifft, so ist wohl allgemein anerkannt, daß Reallasten vor Einführung des Landrechts durch Verträge entstehen konnten, und daß dieß namentlich dann der Fall war, wenn wie hier behauptet ist, die Last als Kaufpreis für Ueberlassung einer Liegenschaft auf diese gelegt wurde.

Eichhorn, d. Pr.R. §. 163.

Aus dem Inhalt der Verträge von 1653, 1666 und 1780 geht aber auch hervor, daß fragliche Last als Reallast constituirt wurde, denn die Bezeichnung der Geldabgabe von jährlich 5 fl. als „unablösliche Gült" in dem Vertrage von 1653 und jener von weiteren 2 fl. 30 kr. als „Erbgült" in dem Vertrage von 1666

Digitized by Google

kann nur dahin gedeutet werden, daß diese Abgabe als ständige Last auf die durch diese Verträge dem M. Munk überlassenen Grundstücke und beziehungsweise die von dem Erwerber zu erbauende Mühle gelegt werden wollte. Bezüglich des unentgeldlichen und wohlfeileren Bretterschnitts ist zwar diese Bezeichnung nicht gebraucht, da jedoch diese Leistung nur eine Mehrung der in obiger Geldabgabe liegenden Last darstellt, so kommt auch ihr die gleiche Eigenschaft zu; das Nämliche gilt von der in dem Vertrage von 1780 bestimmten Erhöhung dieser Geldabgabe um weitere 1 fl. 30 kr.

Der Beklagte behauptet zwar, daß die erwähnten Verbindlichkeiten die Natur einer Gewerbsrecognition, also einer jener alten Abgaben haben, welche durch das Gesetz vom 14. Mai 1825 aufgehoben wurden; es läßt sich auch nicht beabreden, daß die zu der Reichsritterschaft gehörigen Freiherren von Adelsheim befugt waren, für Ertheilung von Gewerbsberechtigungen eine derartige Leistung zu bedingen; es ist aber von dem Beklagten unbeachtet geblieben, daß die Verträge von 1653 und 1666 nicht ausschließlich die Bewilligung zur Errichtung einer Mühle geben, sondern daß durch sie dem M. Munk zugleich die zur Errichtung der Mühle erforderlichen den Herren von Adelsheim gehörigen Plätze erblich verkauft wurden, und daß, da ein anderer Kaufpreis nicht bedungen wurde, die mit dem Charakter einer bleibenden Last bestimmte Gegenleistung deßhalb nur als Kaufpreis angesehen werden kann; aber auch die vertragsmäßige Bewilligung, die Mühle als Säg-, Oehl- und Schleifmühle errichten, und beziehungsweise sie nach dem Vertrage von 1780 um eine Hanf- und Reibmühle vergrößern zu dürfen, erscheint nicht als eine von den betreffenden Herren von Adelsheim in ihrer Eigenschaft als Besitzer reichsunmittelbarer Territorien gegebene Gewerbsbefugniß, wenn man in Betracht zieht, daß dieselben (wie dieß aus §. 1 des Vertrags von 1653 hervorgeht) selbst Besitzer einer Mühle waren, welcher aus dem neuen Mühlwerk ein Nachtheil erwachsen konnte, daß sie daher ein privatrechtliches Interesse bei der Erbauung dieser weiteren Mühle hatten, und daß sie ein solches in der That wahren wollten.

Der Unterrichter hat daher mit Recht den Inhalt fraglicher Verträge für erheblich erachtet und auf den Beweis derselben erkannt ꝛc. B.

IV.

Ueber die Wirkung der Erwiederung einer Ehrenkränkung.

Der §. 312 des St.G.B., welcher von der Erwiederung einer Ehrenkränkung handelt, setzt nicht nur voraus, daß der durch eine Ehrenkränkung Beleidigte seinerseits denjenigen, welcher sich ihm gegenüber eine Ehrenkränkung erlaubt hatte (in nicht bedeutend höherem Maaße) auch beleidige, — sondern überdem noch, daß diese Zurückgabe der Beleidigung auf der Stelle geschehe.

Wenn der Beleidigte erst längere Zeit, nachdem ihm die Beleidigung widerfahren war, den Beleidiger auf einmal an dessen Ehre kränkt, so kann man nicht wohl mehr von einer Erwiederung der ihm wiederfahrenen Ehrenkränkung sprechen, sondern richtiger nur von einer neuen selbstständigen, wenn auch vielleicht durch die vorausgegangene veranlaßten Ehrenkränkung. In einem solchen Falle wird wohl durch die neue Ehrenkränkung die Anklage wegen der früher vom Gegentheil verübten nicht aufgehoben, sondern werden beide Ehrenkränkungen durch Zeit und Ort getrennt, jede für sich, den Gegenstand (oder mindestens Stoff zu) besonderer Anklage bilden.

Die neue Ehrenkränkung kann nemlich nicht deßhalb straflos bleiben, weil derjenige, gegen welchen sie gerichtet ist, früher einmal eine gleiche gegen denjenigen gerichtet hat, von welchem jene ausgeht, und ebensowenig verliert derjenige, gegen welchen früher eine Ehrenkränkung verübt worden war, sein Klagrecht wegen dieser früher ihm widerfahrenen Ehrenkränkung dadurch, daß er sich später einer gleichen Ehrenkränkung gegen denjenigen, welcher ihn früher beleidigt hatte, schuldig macht.

Wenn der Beleidigte Schlag auf Schlag in der ersten, durch die Beleidigung hervorgerufenen Aufwallung dem Beleidiger Gleiches mit Gleichem vergilt, die erhaltene Beleidigung sofort zurückgibt, so erscheint er, wegen der vorausgegangenen, für die nachgefolgte Beleidigung nicht strafbar, kann er aber auch nach diesem Akt der Selbstgenugthuung die gerichtliche Ahndung der ihm selbst vorher widerfahrenen, nun vergoltenen Beleidigung nicht mehr fordern.

Wenn aber der Beleidigte erst später, nachdem die erste Einwirkung der früher erlittenen Beleidigung vorüber ist, nun auch seinerseits demjenigen, der ihn früher beleidigt hat, eine gleichmäßige Beleidigung zufügt, so

Digitized by Google

kann nicht wohl einerseits auf den Grund des ersten Absatzes des §. 312 St.G.B. der früher Beleidigte für seine beleidigende Entgegnung zur Strafe gezogen werden, weil sie nicht auf der Stelle erfolgte, hingegen andererseits der frühere Beleidiger auf den Grund des zweiten Absatzes des §. 312 freigegeben werden, weil die von ihm zugefügte Beleidigung auch durch eine von dem Beleidigten ihm später zugefügte aufgewogen werde, sondern die von Seiten des zuerst Beleidigten verübte Beleidigung muß ebensowohl, um ihm das Klagrecht wegen der erlittenen Beleidigung zu nehmen, als um ihn selbst wegen der Erwiederung straflos zu machen, der von dem ersten Beleidiger ausgegangenen sofort nachgefolgt sein.

So entschied das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ.-Senat) in II. Instanz in einer Ehrenkränkungssache, in welcher die Klage sich darauf stützte, daß der Angeklagte behauptet, der Ankläger habe in einem zwischen beiden ausgetragenen Rechtsstreite ein falsches Handgelübde abgelegt.

Im Laufe der Untersuchung wurde ein Vergleich zwischen Beiden zu Protokoll genommen, derselbe scheiterte jedoch an einem Nebenpunkte und weil der Angeklagte für den Fall, daß der Ankläger diesen nicht aufgebe, neuerdings mit dem bereits angetretenen Beweis der Wahrheit gedroht hatte. Der Ankläger verweigerte deßhalb die Unterschrift des Protokolls und erklärte, daß er behaupte, der Angeklagte habe in jenem Prozeß ein falsches Handgelübde abgelegt, was er beweisen wolle.

Der Amtsrichter erkannte nichts destoweniger nach dem Klagantrag, indem er diese Erklärung als eine neue, dem Angeklagten zu einer Klage Anlaß gebende ansah. Gegen dieses Urtheil rekurrirte der Angeklagte und sein Anwalt führte aus:

„Der §. 312 spricht in seinen beiden Absätzen nicht dasselbe, sondern macht eine Unterscheidung zwischen der ehrenkränkenden Erwiederung, welche straflos ist, wenn sie auf der Stelle und nicht in bedeutend höherem Maaße, gleichsam wettschlagend erfolgt, wo also der Retorquent Angeklagter ist, und zwischen der Erwiederung auf eine Ehrenkränkung, wo der Ankläger Retorquent ist, sich selbst Satisfaction verschafft, in welchem Falle der Gesetzgeber ihm die Integrität seiner Ehre nicht mehr zu wahren braucht, weil er sich selbst hilft und dieser Fall liegt hier vor, weßhalb der zweite Absatz des §. 312 des Str.G.B. seine Anwendung findet, der keineswegs jene Voraussetzungen des ersten Absatzes unterstellt."

Allein der Gerichtshof entschied sich für die Ansicht des Richters I. Instanz, daß der §. 312 von einem und demselben Falle rede, nemlich von der Erwiederung einer Beleidigung auf der Stelle, daß der §. 312 ferner in jedem seiner beiden Sätze von dem zuerst Beleidigten und die Beleidigung Erwiedernden spreche, einmal sofern er selbst wegen der Erwiederung belangt werde, dann sofern derselbe etwa wegen der auf der Stelle erwiederten Beleidigung seinen Gegner belangen wolle. In jener Beziehung werde ihm in dem ersten Absatze Straflosigkeit zugesichert, in dieser Beziehung in dem zweiten Absatze das Recht, Genugthuung für die bereits von ihm selbst erwiederte Beleidigung auch noch gerichtlich zu fordern, abgesprochen.

Dieser Auslegung steht auch die Entstehungsgeschichte des §. 312 St.G.B nicht entgegen. Denn wenn in den Motiven zu §. 278 des Entwurfs des St.G.B. erklärt wird:

„Nicht bei allen Realinjurien ist das Erwiederungsrecht ausgeschlossen, sondern nur bei denjenigen ꝛc.,"

so kann offenbar unter dem Erwiederungsrechte nur das der alsbaldigen Zurückgabe der Beleidigung, nicht aber ein Recht verstanden sein, dem Beleidiger dereinst auch einmal eine gleiche Beleidigung zuzufügen, und ebenso ist jener Begriff in dem Commissionsberichte der II. Kammer zu §. 278 (von Obkircher) aufgefaßt (VI. Beil.-Heft 1839 S. 19), welcher sagt:

„Einstimmig ging die Commission hier weiter als der Entwurf, welcher das Recht der Retorsion und Compensation auf diejenigen Ehrenkränkungen beschränkt, welche ohne körperliche Mißhandlung verübt worden, für welche Beschränkung die Commission keinen zureichenden Grund fand, da die Ehrenkränkung ohne Unterschied zwischen wörtlichen und thätlichen, keine öffentlichen Verbrechen sind und im Kreise des Privatrechts die Compensation allgemein statt hat; da es ferner eine der menschlichen Natur widerstrebende Zumuthung wäre, daß der thätlich Angegriffene sich ruhig verhalte und mit der oft unsichern Aussicht auf dereinstige mittelst einer gerichtlichen Klage zu erwirkende Ge-

Digitized by Google

nugthuung vertröste, da endlich auch die mit Thätlichkeiten verbundenen Injurien, die in der Regel nur in den an Selbsthilfe gewöhnten niederen Ständen vorkommen, gleich den wörtlichen Injurien, auf dem Wege der Retorsion schneller und für beide Theile vortheilhafter abgethan werden, als durch langwierige Zeit und Kosten raubende Injurienprozesse, wodurch die Erbitterung längere Zeit genährt und oft noch gesteigert, auch neue Beleidigungen erzeugt werden."

Auch v. Kettenacker, die Verbrechen des neuen St.G.B. §. 29 S. 123 Note *) spricht sich entschieden für die von dem Gerichtshof geltend gemachte Ansicht aus.

Schon nach gemeinem Rechte wurde nur der sofortigen Retorsion die Wirkung beigelegt, daß sie den Anspruch auf Strafe und Genugthuung auf beiden Seiten aufhebe.

Heffter, Lehrbuch des gem. d. Strafrechts (5. Aufl.) §. 311 VIII. vor Note 14,

und die neueren deutschen Strafgesetzbücher enthalten ähnliche Bestimmungen. So gibt das würtembergische Strafgesetzbuch §. 283 keinem Theile ein Klagrecht, wenn der Beleidigte auf der Stelle (in gleichem Maaße) erwiderte.

Nach §. 268 des hannöver'schen Strafgesetzbuchs hindert die Erwiederung auf der Stelle (und ohne Ueberschreitung des Maaßes) die Untersuchung, und §. 153 des St.G.B. für die preuß. Staaten bestimmt:

„Wenn Beleidigungen auf der Stelle erwiedert werden, so soll der Richter ermächtigt sein, für beide Beleidiger oder für einen derselben eine, der Art oder dem Maaße nach, mildere Strafe oder gar keine Strafe eintreten zu lassen."

Stf.

V.

Welche Stempelklasse ist zu Kostenverzeichnissen der Parteien zu verwenden?

Auf die Anfrage eines Amtes, ob zu Kostenverzeichnissen, welche von Parteien selbst einfach zur Decretur übergeben werden, ohne daß zugleich ein Antrag auf Kostenersatz damit verbunden wird, nach Analogie des §. 12 Ziff. 2 des Sp.Ges. Stempelpapier zu 3 kr. genüge oder aber solches zu 15 kr erforderlich sei, — erwiederte der 3. Senat des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises: Das Gesuch einer Partei, ihre Kosten zu dekretiren, kann auch dann nur den Sinn haben, sie dem Gegentheil gegenüber für zum Ersatz geeignet zu erklären, wenn nicht eine Zahlungsauflage an denselben zugleich begehrt wird.

Ein solcher Antrag kann entweder mündlich gestellt werden, wo dann die Protokollsportel anzusetzen, für das dabei übergebene Kostenverzeichniß aber, als für eine bloße Beilage, Stempelpapier von nur 3 kr. zu verwenden ist (Ziff. 2 Absatz 4 des §. 12 des Sp.Ges.) oder schriftlich vermittelst besonderer Eingabe; alsdann ist diese auf Stempelpapier von 15 kr. zu schreiben. (Abs. 1 des Sp.Ges.)

Die Ausnahmsbestimmung in Ziff. 2 des §. 12 des Sp.Ges., daß zu Kostenverzeichnissen der Anwälte und zu den Eingaben, womit solche zur Genehmigung vorgelegt werden, nur 3 kr. Stempel zu verwenden sind, kann, da diese Vorlage als Disciplinar-Maaßregel vorgeschrieben ist, auf Kostenverzeichnisse der Parteien keine Anwendung finden.

Stf.

VI.

Anzeige.

Es ist seiner Zeit in diesen Blättern, Jahrgang XXIII. S. 336, Erwähnung geschehen von dem

Abriß

des französischen Civilrechts

von

V. Marcadé.

Ins Deutsche übertragen

von

Adrian Pfaff,

Referendär am großh. Oberamte in Heidelberg,

als der erste Band dieser Uebersetzung die Presse verlassen hatte.

Soeben ist nun die erste Lieferung des zweiten Bandes erschienen, welche bis zum III. Buch 5. Titel reicht.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 21.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung der Aufsätze in No. 9. 11. 12 14. 16.)

Besser ist die Bestimmung der Art. 273. 275. 276, daß in öffentlicher Form eine Aufforderung zur Erfüllung in der vertragsmäßigen Zeit unter wirklichem Anerbieten der bedungenen Gegenleistung geschehen muß, widrigenfalls der Vertrag als beider Seits aufgehoben gilt. Ebenso halte ich das in Art. 274 Verordnete über die Folgen der Nichterfüllung, nemlich Schadenersatz, für richtig. Indessen ist klar, daß diese Beschränkungen leicht umgangen werden können, und daß sie jedenfalls nur dann ihren Zweck erfüllen, wenn der Hauptgrundsatz klar und scharf ausgesprochen ist. Hierzu ist erforderlich, daß für alle die verschiedenen Formen der Börsengeschäfte, mögen sie sich auf öffentliche Kreditpapiere oder auf andere Waaren (man denke an die wahnsinnigen Spekulationen in Frucht und Spiritus) beziehen, eine Regel gegeben wird, welche ihnen die Klagbarkeit entzieht, wenn auf Seiten dessen, welcher die Erfüllung begehrt, bei Eingehung des Geschäfts nur ein Differenzen-Bezug beabsichtigt wurde. Natürlich darf der Beweis dieser Absicht nicht dem Beklagten aufgebürdet werden, denn diesen wird er fast nie führen können, und so wäre die ganze Vorschrift fruchtlos; ebenso ginge es zu weit, wenn der Kläger das Vorhandensein einer reellen Absicht jedesmal beweisen sollte, dagegen darf man es dem Ermessen der Gerichte anheimgeben, hierüber zu entscheiden. Auch sollten der Gleichheit des Grundes wegen selbst Nichthandelsgeschäfte der Art hierunter gezogen werden.

Des dritten Buches III. Titel „Von dem kaufmännischen Commissionsgeschäft" und der IV. Titel „Von dem Speditionsgeschäft" betreffen Lehren, welche für die bekannten Handelsverhältnisse unseres Landes von besonderer Wichtigkeit sind, und sich daher auch stets in höherem Grade der gesetzgeberischen Fürsorge erfreuten. Schon die hierauf bezüglichen Artikel des französischen Handelsgesetzbuchs erhielten in der für Baden bestimmten Bearbeitung eine Reihe verbessernder Zusätze, deren Werth dadurch nicht aufgehoben wird, daß in den Art. 92 und 95 Uebersetzungsfehler unterlaufen sind.

In der neuesten Zeit aber wurde durch das Gesetz vom 28. April v. J. „den Schutz des Commissionshandels betreffend," (Reg.-Bl. No. XVIII.) nicht nur der letztere dieser Irrthümer berichtigt, sondern es wurden auch mehrere andere zweckmäßige Bestimmungen gegeben. In dem hiezu erstatteten, trefflichen Commissionsberichte der 1. Kammer (Annalen XXIII. No. 18 und 19) ist mit Recht hervorgehoben, daß man sich bei dieser Verbesserung von Einzelheiten des Gesetzbuchs auf das Nothwendigste beschränkt habe, denn man kann hierin nicht ängstlich genug sein, da ein Gesetzbuch ein organisches Ganze bildet, dessen einzelne Theile gleich den Gliedern eines lebenden Körpers nicht ohne Schaden für das Ganze beseitigt oder verändert werden *). So konnte natürlich das Gesetz vom 28.

*) Gelegenheitlich will ich mir die Bemerkung erlauben, daß auch ein gewisses Zögern in Erlassung verbessernder Gesetze gar heilsam ist. Die Entwerthung der Liegenschaften, welche einst einen bekannten Gesetzesvorschlag ins Leben rief, ist gegenwärtig gehoben, und nirgends macht sich mehr das Bedürfniß nach der Aufhebung des richterlichen Unterpfands und der damit in Verbindung gebrachten Beschränkung des Zugriffs auf Liegenschaften geltend. Gar sehr verlangte man früher den Ausschluß der gefährlichen Diebstähle von der Zuständigkeit der Schwurgerichte, und als es nicht geschah, bildete sich eine Praxis, welche gewiß richtig die leichteren Fälle dieser Art als erschwerte Diebstähle behandelt und nur besonders schwere Verbrechen den Schwurgerichten und den strengen Strafen des ge-

Digitized by Google

April v. J. an der fehlerhaften Anordnung des Stoffes nichts ändern, obgleich es einleuchtet, daß kein Grund vorliegt, die ganz verschiedenen Geschäftszweige des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers in einem Kapitel als Theile der Lehre „Von den Commissionären" zu behandeln, wie das französische H.G.B. im VI. Titel des I. Buchs thut, und wie das badische H.G.B. in seinem VI. Titel nachbildete, wobei es der Logik zu lieb den neuen Begriff der Zwischenhändler aufstellte, und diese in Art. 92a in Kaufbesorger und Waarenversender eintheilte. Uebrigens ist klar, daß die Bezeichnung „Kaufbesorger" viel zu eng ist, da der kaufmännische Commissionär außer Ein- und Verkäufen noch vieles Andere besorgt. Beiläufig bemerkt, ist die Ueberschrift des Gesetzes vom 28. April v. J. unrichtig, da es nicht nur den Schutz des Commissionshandels, sondern auch den Schutz des Speditionsgeschäfts betrifft.

Der preußische Entwurf behandelt ganz richtig gleich dem holländischen H.G.B. Art. 76 — 100 das Commissionsgeschäft für sich, und widmet dem Speditionsgeschäft, sowie dem Frachtgeschäft je einen besonderen Titel, nemlich die Titel IV. und V. Der zunächst zu besprechende III. Titel „Von dem kaufmännischen Commissionsgeschäft" beginnt in Art. 277 mit der Begriffsbestimmung, daß als kaufmännischer Commissionär derjenige gilt, welcher gewerbsmäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Committenten) Handelsgeschäfte schließt. Nach der Vorschrift des Schluß-Artikels 295 sollen übrigens als Commissionsgeschäfte auch diejenigen in den Handelsverkehr einschlagenden Geschäfte angesehen werden, welche ein Kaufmann, der nicht kaufmännischer Commissionär ist, gegen Bezahlung in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers ausführt. Beide Artikel zusammen bilden den richtigen Gedanken, denn so wahr es ist, daß gewerbsmäßiger Geschäftsbetrieb das unterscheidende Merkmal des eigentlichen kaufmännischen Commissionärs ist, so wenig läßt es sich bezweifeln, daß die Handelswelt es als ein Commissionsgeschäft ansieht, wenn ein Kaufmann, der nicht Commissionär ist, gegen Bezahlung für einen Anderen einen kaufmännischen Auftrag besorgt. Bekanntlich führen fast alle s. g. Detaillisten neben ihren eigenen Waaren auch Commissions-Artikel, und jeder Kaufmann stellt dieß Verhältniß dem eigentlichen Commissionsgeschäfte gleich, wie es auch in der That für die Sache selbst gleichgültig ist, ob ein derartiger Verkehr gewerbsmäßig betrieben wird oder nicht. Ganz richtig hat aber unser Entwurf den Unterschied zwischen dem gewerbsmäßigen und dem gelegenheitlichen Commissionsgeschäfte, dazin festgehalten, daß für Letzteres die Provision besonders bedungen sein muß (vrgl. Worstadt, Handelsrecht S. 37 Note 17), und mithin ohne ein solches Geding die Bestimmungen des kaufmännischen Commissionswesens nicht zur Anwendung gebracht werden können. Eigentlich sollte daraus auch folgen, daß in einem solchen Falle keine Provision gefordert werden darf, allein dieß ist durch den früher erwähnten Art. 227 im I. Titel des III. Buchs anders bestimmt, wohl nach dem bekannten Satze: „Kaufmannschaft duldet nicht Freundschaft".

Zur Unterscheidung des kaufmännischen Commissionärs von anderen Commissionären gehört allerdings in die Definition nur die Besorgung von Handelsgeschäften, aber abgesehen von diesem Gesichtspunkte haben gewiß die Motive zu Titel V. Art. 1 des Entwurfs vom Jahr 1849 ganz Recht, wenn sie ausführen, daß die von dem kaufmännischen Commissionäre für einen Committenten besorgten Geschäfte und sofern sie überhaupt in seinen Ge-

---

fährlichen Diebstahls unterwirft. So wird jetzt die Verhandlung gewisser civilprozessualischer Appellationen vor dem Unterrichter heftig angefochten, und vielleicht wird die Erfahrung lehren, daß diese Einrichtung gar nicht so übel ist. Allerdings könnten nach dem dermaligen Geschäftsstand der Hofgerichte auch ohne allzugroße Belästigung diese Appellationen den übrigen gleichgestellt werden, allein so erfreulich diese Lage der Dinge ist, darf man sie doch nicht als einen bleibenden Zustand, sondern nur als eine vielleicht bald endende Ausnahme ansehen, und auf der andern Seite ist nicht zu verkennen, daß jene Einrichtung bei den Rechtsuchenden sehr beliebt ist, sowie daß die dagegen erhobenen Anstände bei richtiger Geschäftsbehandlung meistens verschwinden. Die Zumuthung an den Unterrichter, sein eigenes Werk zu kritisiren, klingt schlimmer als sie wirklich ist, da eines Theils häufig die Parteien persönlich oder durch Anwälte ihr Interesse wahren, und andern Theils erhebliche Zweifel und Streitfragen sich dem Richter selbst bei der Urtheilsfällung aufdrängen, weßhalb er sie bei protokollarischer Verhandlung mit den Parteien leicht berücksichtigen kann. Die Bestimmung über die Fälle, in welchen diese Art der Appellationsverhandlung eintreten soll, ist freilich nicht gut gefaßt, aber schon jetzt hat sich so ziemlich über alle deßfallsigen Streitfragen eine gleichmäßige Praxis gebildet. Die Befugniß des Obergerichts, eine mündliche Schlußverhandlung anzuberaumen, beseitigt, da sie öfters zur Anwendung gebracht wird, die Bedenken bezüglich der schwierigeren Fälle, und Alles zusammengenommen, geht wenigstens meine Erfahrung dahin, daß in der weitaus größeren Zahl der Fälle sich die fragliche Einrichtung durch wohlfeile und unbeschadet der Gründlichkeit rasche Rechtspflege empfiehlt. D. E.

werbsbetrieb gehören, nicht deßhalb eine andere Natur erhalten, weil sie keine eigentlichen Handelsgeschäfte sind. Wenn ein Kaufmann für seinen häuslichen Bedarf einen Sack Kaffee kauft, so ist dieß nach Art. 211 des preußischen Entwurfs kein Handelsgeschäft; ertheilt er nun einen dahin gehenden Auftrag einem kaufmännischen Commissionär, natürlich ohne diesem zu schreiben, wozu er den Kaffee verwenden will, dann kann man unmöglich sagen, daß die dem Commissionär gleichgültige und meist unbekannte Absicht des Committenten den Auftrag aus dem Bereiche des kaufmännischen Commissionsgeschäfts herausnimmt, während das Geschäft an sich darunter fällt. Ebenso wie in anderer Beziehung die Begriffsbestimmung des Art. 277 durch Art. 295 modificirt worden ist, sollte dieß auch in dieser Rücksicht geschehen.

Wenn das französische und badische H.G.B. Art. 91 noch der Zulässigkeit einer Firma für den Commissionär gedenkt, so war dieß für unsern Entwurf nicht mehr nöthig, da derselbe allgemeine Bestimmungen über die Firma enthält.

Ueber das Rechtsverhältniß des Commissionärs zu dem Dritten, mit welchen er Geschäfte macht, sagt das französische H.G.B. Art. 92 nur, daß der im Namen des Committenten handelnde Commissionär als gewöhnlicher Mandatar im Sinne von L.R.S. 1984 ff. gilt.

In Verbindung mit Art. 91 leitet daraus die französische Praxis den Grundsatz ab, daß, wenn der Commissionär beim Geschäftsabschlusse den Committenten nicht nennt, zwischen diesem und dem Dritten gar kein Rechtsverhältniß entsteht. Pardessus, c. d. d. c. Bd. II. No. 563. Aus offenbarem Mißverständniß ist dieser Art. 92 im badischen H.G.B. so wiedergegeben, daß die landrechtlichen Bestimmungen über den Auftragsvertrag als im allgemeinen für die Rechte und Pflichten von Committent und Commissionär maßgebend erklärt werden. (Lauckhard, Rechtsfälle Bd. III. S. 138 Note *) Demnach könnten bei uns der dritte Contrahent und der Committent sich aus den vom Commissionär abgeschlossenen Geschäften in der Regel gegenseitig belangen, und bliebe der Commissionär ganz aus dem Spiele, was so sehr dem Wesen des Commissionsgeschäfts widerstreitet, daß in einer Annalen XVIII S. 380 mitgetheilten Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichts sogar gegen den Buchstaben des Gesetzes dem Committenten, dessen Commissionär in eigenem Namen gekauft hatte, die directe Klage gegen den Verkäufer abgesprochen wurde.

Da übrigens der Hauptgrundsatz im französischen H.G.B. nicht ausgedrückt, sondern nur durch Folgerung zu finden ist, so wurde dieser Mangel schon im holländischen H.G.B. Art. 77 und 78 verbessert, und dessen Einzelnbestimmungen faßte der Entwurf vom Jahr 1849 Titel V. Art. 2 und 3 sehr gut von einem allgemeineren Standpunkte zusammen. Dieß ist denn in den 2. Absatz des Art. 277 des preußischen Entwurfs übergegangen, welcher besagt, daß durch die Geschäfte, welche der Commissionär mit Dritten schließt, er allein berechtigt und verpflichtet wird, während zwischen dem Committenten und den Dritten daraus keine Rechte und Pflichten entstehen.

Wie wir sahen, läßt das französische H.G.B. das gewöhnliche Mandatsverhältniß eintreten, wenn der Commissionär bei dem Geschäftsabschluß dem Dritten den Committenten benennt, und dieß hat das holländische H.G.B. Art. 79 angenommen, wie auch Mittermaier, d. P.R. Bd. II. §. 551 No. II. lehrt, daß davon, ob der Commissionär den Committenten nannte, das Verhältniß zwischen dem Letzteren und dem dritten Contrahenten abhängt. Dagegen stellt der preußische Entwurf am Schlusse von Art. 277 eine ganz andere Ansicht auf, daß nemlich die vom Commissionär für den Committenten abgeschlossenen Geschäfte stets nach der Regel der Commission zu beurtheilen sind, außer wenn der Committent ausdrücklich bestimmt hat, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, in welchem Falle ein gewöhnlicher Auftragsvertrag eintritt.

Dieß scheint mir nun ein sehr scharfsinniger und richtiger Gedanke, denn wer ohne eine solche Vorschrift sich an einen kaufmännischen Commissionär mit einem Auftrage wendet, beabsichtigt eine kaufmännische Commission, und es darf daher nicht in das Belieben des Commissionärs gestellt sein, durch die vielleicht nur zufällige Nambaftmachung seines Committenten gegenüber dem Dritten das Rechtsverhältniß zu verändern.

So richtig es ist, daß der Kaufmann, welcher kein Commissionär ist, nur durch ein besonderes Geding sich die Rechte und Pflichten eines solchen bei Besorgung eines Auftrags verschafft, ebenso kann umgekehrt der Commissionär nur durch ausdrückliche Uebereinkunft mit dem Committenten jene Rechte und Pflichten von sich abwenden, sei es nun, daß dieser gleich Anfangs den Auftrag in der von Art. 277 vorgeschriebenen Fassung ertheilt, oder daß der Commissionär den anders lautenden Auftrag

Digitized by Google

ablehnt und so den Committenten zu dessen Abänderung im Sinne jenes Artikels bestimmt, wozu der Commissionär nach Art. 239 und 240 des preußischen Entwurfs berechtigt ist.

Abgesehen von dem Verhältniß zu dem dritten Contrahenten und abgesehen von einigen anderen Eigenthümlichkeiten hat der Commissionär die Rechte und Pflichten eines Gewalthabers, er muß also die gehörige Sorgfalt aufwenden, Auskunft ertheilen und einholen, Rechnung stellen und das Erhaltene abliefern, im Falle des Zuwiderhandelns haftet er für Schaden; er muß und darf gleich dem Käufer nach Art. 264 bei mangelhaftem Zustande des übersendeten Guts verfahren; letzteres Recht hat er auch dann, wenn der Committent unterläßt, über die angekauften oder vertrauten Gegenstände zu verfügen, obwohl derselbe nach Lage der Sache hiezu verpflichtet ist; der Commissionär haftet als Aufbewahrer für Verlust oder Beschädigung des Guts, wenn er nicht beweist, daß er solche auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht habe abwenden können. Alles dieß ist sehr genau durch die Art 278 bis 282 festgesetzt, zu deren Erläuterung Morstadt S. 41 und der Entwurf vom Jahr 1849 Titel V. Art 11. 12. 14 nebst dessen Motiven zu diesen und zu Art. 4 zu vergleichen sind.

Während hierin unser Entwurf sich dem deutschen Handelsgebrauche anschließt, entfernt er sich davon in den folgenden Art. 283. 284. 285. denn dieser betrachtet Alles, was der Committent dem Commissionäre zusendet, als des Committenten Eigenthum und läßt die vom Commissionär für den Committenten erworbenen Gegenstände erst durch die Uebergabe in des Letzteren Eigenthum übergehen Morstadt, S. 43 und 45. Der preuß. Entwurf dagegen erklärt das übersendete Geld als Eigenthum des Commissionärs und die angekauften Gegenstände als Eigenthum des Committenten, läßt die Forderungen erst durch Cession des Commissionärs auf den Committenten übergehen, gestattet aber verschiedene theilweise wenig consequente Ausnahmen, deren eine bei uns geradezu widersinnig ist. Der Committent soll nemlich das Eigenthum an dem Gelde, welches er dem Commissionär sendet, behalten, wenn dieß bedungen ist und die Erfordernisse vorliegen, an welche die Erhaltung des Eigenthums am Gelde geknüpft ist. Dieß ist wörtlich dem Art. 13 Tit. V. des Entwurfs vom Jahr 1849 nachgeschrieben, und in dessen Motiven wird dieß so erläutert, daß die Verabredung den Uebergang des Eigenthums auf den Commissionär nicht ausschließt, wenn derselbe das Geld mit dem seinigen vermischt oder sonst verbraucht. Vergleicht man hiermit den L.R.S. 2279. 1930. 1930a mit 1932 und 1937, so überzeugt man sich leicht von der Unrichtigkeit dessen für die Länder, wo der Code Napoléon gilt. Gegen die Regeln des Entwurfs ist einzuwenden, daß kein Grund vorliegt, hinsichtlich des Gelds besondere Vorschriften zu geben, da dieß sich heut zu Tage in nichts von anderen Waaren unterscheidet, z. B von öffentlichen Creditpapieren auf jeden Inhaber. Richtig dagegen ist nach der, freilich dem gemeinen Rechte fremden, Anschauungsweise des L.R.S. 1583 die Bestimmung über den Erwerb des Eigenthums für den Committenten, nur darf sie nicht auf den Einkauf beschränkt, sondern muß auf alle das Eigenthum übertragende Rechtsgeschäfte, z. B. den Tausch und die Empfangnahme von Zahlungen ausgedehnt werden. Ebenso folgt aus dem Grundsatze, daß der Dritte mit dem Committenten in keinem Verhältniß steht, die Nothwendigkeit der vorgängigen Cession der Forderungen, wie anderer Seits ungeachtet dessen das Verhältniß zwischen Commissionär und Committenten mit sich bringt, daß gegenüber diesem und seinen Gläubigern der Committent stets als Eigenthümer dieser Forderungen gilt, mithin dieselben für sich vindiciren und zum Zwecke von deren Betreibung der Cession verlangen darf.

Nach Art. 286 ist der Commissionär, wenn er vom Committenten die Anweisung erhält, das Gut zur Verfügung eines bestimmten Empfängers zu halten, so anzusehen, als ob er es sogleich nach dem Empfange für diesen besitze, und darf mithin nachkommende Anweisungen des Comittenten nicht berücksichtigen. Ist übrigens die erste Anweisung an eine Bedingung geknüpft, so gilt jene Bestimmung erst von deren Erfüllung an. In letzterer Beziehung ist der Entwurf unrichtig, da er von Bedingung im allgemeinen spricht, obgleich er nur eine aufschiebende Bedingung im Auge hat, und er ist unvollständig, weil er über die auflösenden Bedingungen nichts erwähnt. Ist die Bedingung eine aufschiebende, so beginnen die Rechte des Adressaten erst mit deren Erfüllung, ist sie dagegen eine auflösende, so erlöschen jene Rechte durch deren Eintritt, was Alles sich indessen schon aus der Lehre von den Bedingungen ergibt, so daß jener letzte Satz des Art. 286 ganz gut wegbleiben kann.

Aus der sonstigen Vorschrift des Art. 286 ergibt sich, daß bei allen anders lautenden Anweisungen der Com-

Digitized by Google

missionär sich lediglich an die Ordres des Committenten zu halten hat, was auch ganz sachgemäß ist.

Nach dem badischen H.G.B. Art. 92 ad haftet, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist, der Commissionär für die Zahlbarkeit des Käufers, was auch Morstadt S. 44 behauptet, dagegen der Entwurf vom Jahr 1849, Motive zu Tit. V. Art. 10 mit Recht als eine grundlose Härte bekämpft, indem der Commissionär, welcher nach Anweisung des Committenten auf Kredit verkauft, nur den Auftrag vollzieht, also gleich jedem andern Gewalthaber von weiterer Haftbarkeit befreit sein muß. Nach dem Vorgange des Entwurfs vom Jahr 1849 bestimmen daher die Art. 287. 288 des preußischen Entwurfs sehr richtig, daß der Commissionär für seinen Contrahenten gegenüber dem Committenten nur einzustehen hat, wenn er unbefugter Weise Vorschüsse macht oder Credit gibt, oder wenn er durch besondere Uebereinkunft oder Ortsgebrauch dazu verpflichtet ist. Im letzteren Falle bezieht er die ortsübliche höhere Provision, sofern er nicht gegen baar veräußert hat. Natürlich muß der Committent die sonstigen ortsüblichen Gebühren bezahlen, Auslagen mit Zinsen, Verwendungen, Lagergelder und Arbeitslohn der Leute des Commissionärs vergüten. Art. 289. Für alles dieß sowie für Vorschüsse und Darleihen und überhaupt für alle Forderungen aus laufender Rechnung im Commissionsgeschäfte gibt Art. 290 dem Commissionäre ein Pfandrecht auf die anvertrauten, von ihm angekauften oder sonst besorgten Güter, sofern er solche in seinem Gewahrsam hat oder sonst noch in der Lage ist darüber verfügen zu können. Ueberdieß hat er ein Vorzugsrecht an ausstehenden Kaufpreisen. Letzteres entspricht dem bad. und franz. H.G.B. Art. 94, welcher auch durch das neue Gesetz vom 28. April v. J. nicht abgeändert ist, so daß dieß Vorzugsrecht keinem Anstande unterliegt, dagegen läßt sich nach dem Code Napoléon ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht denken, wenn man hier nicht etwa eine neue Art von Faustpfand unterstellen will, was jedenfalls ausdrücklich zu sagen wäre, um zu wissen, in welche Klasse des Ordnungsbescheids in der Gant eine solche Forderung zu lociren ist. Ueberhaupt glaube ich, daß unser Gesetz vom 28. April v. J. viel richtiger statt dieses Pfandrechts ein Innebehaltungsrecht einräumt, welches dem Commissionär sogar mehr Schutz gibt, da er nicht auszuliefern braucht, bis er befriedigt ist, während er als Pfandgläubiger an die vielleicht weit entfernte Gantmasse ausliefern und lange auf Bezahlung warten muß. Ferner läßt sich das Retentionsrecht leicht in jedes gesetzliche System über Pfand- und Gantrecht einreihen, nicht aber das fragliche Pfandrecht. Im Hinblicke auf die weitere Begründung im Commissionsberichte der I. Kammer, nach dessen Anträgen bekanntlich das Gesetz vom 28. April gefaßt ist, glaube ich, daß die Einräumung des Innebehaltungsrechts unbedingt den Vorzug verdient.

Nach dem Vorgange des franz. H.G.B. Art. 95 (in der badischen Uebersetzung bekanntlich ganz verfehlt, wie die Regierungsmotive und der Commissionsbericht Annalen XXIII. S. 141. 142 zeigen), sowie des holl. H.G.B. Art. 85 und des Entwurfs vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 22 gibt das Gesetz vom 28. April v. J. seine Schutzmittel nur, wenn dem Commissionär die Waaren von einem anderen Platze zugeschickt worden sind, versagt sie also den sog. Platzgeschäften, d. h. den Geschäften zwischen Committenten und Commissionären, welche am nämlichen Orte wohnen. Der preuß. Entwurf macht diesen Unterschied nicht, und ich glaube, daß er hierin Recht hat, wofür ich mich auf die gute Begründung in dem mehrerwähnten Commissionsbericht berufe. Annalen XXIII. S. 141 und 149 zu Satz 95.

Wenn dort dessen ungeachtet die Beibehaltung dieses Grundsatzes empfohlen wird, weil ein verbesserndes Gesetz möglichst zu beschränken ist, und weil die Gesetzgebung eines kleineren Staates sich jener von größeren Staaten anschließen soll, so fällt dieß für ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch natürlich hinweg, zumal unser Entwurf das kaufmännische Faustpfand erleichtert hat, und kein Grund vorliegt, die demselben verwandten Schutzrechte des Commissionärs strenger zu behandeln.

Art. 293 gibt dem Commissionär die Befugniß, die Commissionsgüter zu seiner Befriedigung versteigern zu lassen, in noch ausgedehnterem Maaße, als Satz 94a des Gesetzes vom 28. April v. J. nemlich auch für die Platzgeschäfte, und überall, wo der Committent in Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen den Commissionär im Verzuge ist, und ich billige dieß theils aus den obigen Erwägungen, theils deßhalb, weil die in unserem Gesetze aufgeführten einzelnen Fälle nicht erschöpfend sind, und sich nicht vor anderen auszeichnen. Dagegen scheint mir aus den im Commissionsberichte vorgetragenen Gründen (Annalen XXIII. S. 146 ff. zu Satz 94a), darauf bestanden werden zu müssen, daß dem Commissionär nicht der volle Beweis, sondern nur eine Bescheinigung seiner Ansprüche auferlegt wird, und daß bei Vorhandensein der

Digitized by Google

Erfordernisse das Gericht die Ertheilung des Versteigerungsbefehls nicht versagen darf, sowie endlich, daß dieß Recht dem Commissionär ausdrücklich gegenüber der Gantmasse des Committenten beigelegt wird.

Ob der Commissionär die übersendeten Waaren für sich selbst kaufen und bestellte Waaren vom eigenen Lager abgeben darf, ist in der Wissenschaft bestritten, indem Mittermaier §. 551 No. X. §. 552. No. III. verneint, Morstadt S. 44 Note 32 und S. 45 bejaht. Für Baden ist durch H.G.B. Art 92aa die Abgabe vom eigenen Vorrath gestattet, der Eigenkauf hingegen durch L.R.S 1596 verboten. Da nicht abzusehen ist, weßhalb diese beiden Fälle verschieden behandelt werden sollen, und da nach den Motiven des Entwurfs vom Jahr 1849 zu Tit. V. Art. 6 der deutsche Handelsgebrauch und Gründe der Zweckmäßigkeit für die Zulassung des Eigenkaufs und Eigenverkaufs sprechen, so hat Art. 294 des preuß. Entwurfs meines Erachtens mit Recht diesen Grundsatz angenommen. Irrig scheint es mir aber zu sein, daß Art. 294 den Commissionär als Verkäufer oder Käufer erklärt, wenn er nicht eine andere Person namhaft macht, an welche er verkauft oder von welcher er gekauft hat, denn damit zwingt man den Commissionär, seine Bezugs- und Absatzquellen zu verrathen, mithin sein wichtigstes Geschäftsgeheimniß Preis zu geben (Morstadt, S. 40. Note 24 und 25), oder aber er muß die Pflichten des Käufers oder Verkäufers übernehmen, was sicherlich eine Unbilligkeit ist, da er nach dem Entwurfe nur ausnahmsweise für die dritten Contrahenten haftet.

Gut ist die Schlußbestimmung des Art 294, daß der Commissionär auch beim Eigenkauf und Verkaufe Anspruch auf die gewöhnliche Provision hat, und daß in diesem Falle der Widerruf des Committenten nur wirksam ist, wenn er vor dem Abgange der Anzeige über Ausführung des Auftrags bei dem Commissionär eintrifft, welch letzteres namentlich die Sache besser regelt, als das bad. H.G.B. Art. 92aa. — Sonstige Bestimmungen über den Widerruf und Vorschriften über die Ablehnung der Commission enthält der vorliegende Titel nicht, wozu auch kein Bedürfniß vorhanden ist, weil die allgemeinen Grundsätze des Auftragsvertrags und die Art. 237—240 unseres Entwurfs hinreichend Auskunft geben. Ebenso verhält es sich mit der nach Umständen verschiedenen Substitutionsbefugniß des Commissionärs, und das Nichterlöschen der Commission durch den Tod des Committenten folgt schon aus Art. 228. Mittermaier §. 551 No. VIII. und IX. Morstadt S. 41 No 5.

Wie eigentlich die richtige Auslegung des französischen H.G.B. Art. 108 dazu führt, den in der badischen Uebersetzung genannten Commissionär von der kurzen Verjährung auszuschließen, so folgt dies ganz klar aus holländischem H.G.B. Art. 95 und Entwurf vom Jahr 1849 Titel V. Art. 33 und 51. Auch der preußische Entwurf gibt für Klagen wegen Verlust oder Beschädigung des Guts eine kurze Verjährung bezüglich des Verkäufers in Art. 266, bezüglich des Spediteurs in Art. 303 und bezüglich des Frachtführers in Art. 315, nicht aber bezüglich des Commissionärs. Mir scheint aber ungeachtet jener Autoritäten diese strenge Behandlung des Commissionärs ungerecht und grundlos, denn seine Haftbarkeit für Verlust oder Beschädigung des Guts steht jener des Spediteurs ganz gleich, und so gut ihn in der Eigenschaft als Verkäufer eine kurze Verjährung schützt, sollte dieß überhaupt der Fall sein, soweit es sich um Mängel, Beschädigung oder Verlust des Guts handelt, natürlich Untreue und Betrug ausgenommen.

Der IV. Titel „Von dem Speditionsgeschäft" findet gleich wie bei dem Commissionär den Begriff des Spediteurs darin, daß derselbe gewerbsmäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Versenders Frachtverträge schließt, läßt aber die Regeln des Speditionsgeschäfts auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Kaufmann, welcher nicht Spediteur ist, die Versendung von Sachen übernimmt, und hiefür eine Belohnung ausbedungen ist.

Da die Vermittlung von Transportverträgen nach Art. 66 auch in den Geschäftskreis der Handelsmäkler gehört, so ist mit Recht ausdrücklich bestimmt, daß die bloße Vermittlung des Frachtvertrages zwischen dem Versender und dem Frachtführer den Vermittler nicht der Verantwortlichkeit eines Spediteurs unterwirft, denn es fehlt dabei das unterscheidende Merkmal des Spediteurs, welcher die Frachtverträge nicht vermittelt, sondern in eigenem Namen abschließt. Wegen der Bedeutung und des Werths der betreffenden Artikel 296. 304. 305 kann im Uebrigen auf die Erörterungen zu dem vorhergehenden Titel verwiesen werden, und ebenso bezüglich der Art. 298 und 302, welche das Verfahren bei mangelhaftem Gute, das Schutzmittel und das Versteigerungsrecht des Spediteurs nach Maßgabe von Art. 280. 289. 292. 293 regeln. Nur ist bezüglich des Art. 302 zu erwähnen-

Digitized by Google

daß derselbe den Spediteur wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung im Speditionsgeschäfte bevorzugt, während das Gesetz vom 28. April v. J. Satz 102 b. dieß auf connexe Forderungen beschränkt. Der Commissionsbericht der I. Kammer (Annalen XXIII. S. 146) führt zwar dafür verschiedene Gründe an, allein die Rücksicht auf Gleichstellung des Spediteurs und Commissionärs dürfte überwiegen, und jene Gründe haben theils für ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch kein Gewicht, und theils widerlegen sie sich dadurch, daß das eigene Interesse des Spediteurs, um sich seine Kundschaft zu erhalten, ihn am Mißbrauche seiner Schutzmittel verhindern wird, und daß sich die befürchtete Collision von Rechten durch den Vorgang des Besitzes erledigt.

Auch das verdient noch aus Art. 302 Erwähnung, daß der Spediteur keine höhere als die mit dem Frachtführer bedungene Fracht annehmen darf, ebenso wie der Commissionär zufolge Art. 290 keinen Anspruch auf den Vortheil hat, welcher dadurch entsteht, daß er um höheren Preis verkauft oder um niedrigeren Preis einkauft, als der Committent im Auftrage bestimmt hat.

Ueber die Buchführung des Spediteurs enthält Art. 297 außer den hierin gleichlautenden Bestimmungen des badischen und französischen H.G.B. Art. 86 und des Entwurfs vom Jahr 1849 Titel V. Art. 25 noch die Vorschrift, daß der Namen des Absenders und des Adressaten, der Ort der Ablieferung und der Frachtpreis eingetragen werden muß, was im Vergleiche mit Art. 29 des Entwurfs (S. 82 dieser Zeitschrift) gar zu sehr ins Einzelne geht. Außerdem verpflichtet die Schlußbestimmung des Art. 308 den Spediteur, die Frachtbriefe in ein Tagebuch einzutragen.

Für Verspätung der Ablieferung, sowie für Verlust und Beschädigung des Guts hat der Spediteur zufolge Art. 299 zu haften, wenn er nicht beweist, daß er sie durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht würde habe abwenden können. Diese Bestimmung zeichnet sich durch Billigkeit und Einfachheit vortheilhaft aus vor den Art. 97 und 98 des französischen und badischen H.G.B., welche überdies zu verschiedenen Streitfragen Anlaß geben und durch die Einschaltung des Worts „unterwegs" in der badischen Uebersetzung des Art. 198 noch unpraktischer geworden sind. Annalen XVIII S. 6, XIX. S. 186, XX. S. 113.

Wenn der Absender selbst dem Spediteur die Zwischenspediteure und Frachtführer bezeichnet, so muß dieser die erhaltene Weisung befolgen, und kann dafür also auch nicht verantwortlich sein, weßhalb das badische H.G.B. Art. 99 den Uebert mit Recht dahin abänderte, daß die Haftbarkeit des Spediteurs für den Zwischenspediteur nur dann eintritt, wenn er ihn erwählt hat. Dasselbe verfügt Art. 300 des preußischen Entwurfs mit dem sich eigentlich von selbst verstehenden Zusatze, daß der Spediteur diese Haftbarkeit durch eine besondere Uebereinkunft von sich abwenden kann. Wurde die Versendung durch Post, Eisenbahnen und Dampfschiffe bewerkstelligt, so haftet der Spediteur nur soweit, als diese Transportanstalten selbst nach ihren Satzungen verbindlich sind. Diese durch die Verhältnisse der Gegenwart gebotene Vorschrift von Abs. 3 des Art. 300 ist so gefaßt, daß der Spediteur jene Wohlthat nur genießt, wenn er bei der Wahl dieser Beförderungsart weder gegen die Anweisung des Absenders handelte, noch die übliche Vorsicht außer Acht ließ, indem er z. B. Waaren per Eisenbahn versendet, welche dieß nicht vertragen.

So richtig und wichtig diese Beschränkung ist, so wenig deutlich ist sie im Entwurfe ausgedrückt, weßhalb eine Redaktionsverbesserung nothwendig erscheint. Das für uns schon aus L.R.S. 1994 Abs. 2 folgende Klagrecht des Absenders gegen die Zwischenspediteure und die Frachtführer ist im 2. Absatz des Art. 300 noch ausdrücklich anerkannt.

Art. 301 wiederholt für den Spediteur die oben besprochene Regel des Art. 286, mithin hat der Adressat nur dann Verfügungsgewalt über das im Besitze des Spediteurs befindliche Gut, wenn es diesem ausdrücklich zur Verfügung des Adressaten übergeben worden ist. Dieß dürfte nun schon deßhalb unrichtig sein, weil der Käufer gemäß Art. 261 und 284 Abs. 2 des Entwurfs durch die einfache Uebergabe des Guts an den Spediteur von Seiten des Verkäufers oder Commissionärs Eigenthümer wird, mithin darüber disponiren darf, und jedenfalls wird nicht umgangen werden können, über diese und andere Fälle der Collision zwischen Anweisungen des Absenders und des Adressaten ausdrückliche Bestimmung zu geben. Badisches H.G.B. Art. 100 a und Entwurf vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 30.

Die sechsmonatliche und die einjährige Verjährung der Klagen gegen den Spediteur und den Frachtführer ist in Art. 303 und 315 ganz ebenso bestimmt, wie im badischen und französischen H.G.B. Art 108, nur ist noch die im letzteren aus Versehen weggelassene Klage wegen verspä-

Digitized by Google

teter Ablieferung des Guts mit Recht ebenfalls als der Verjährung unterworfen bezeichnet, wie dieß auch das holländische H.G.B. Art. 95 und der Entwurf vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 33 thun.

Im V. Titel „Von dem Frachtgeschäft" ist die Definition dahin gegeben, daß die gewerbsmäßige Ausführung des Transports von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern darunter fällt, indessen wird unser Titel auch auf den anwendbar erklärt, welcher in einem einzelnen Falle den Transport von Kaufmannsgütern gegen Lohn ausführt, ferner aber auch auf Eisenbahnen und andere öffentliche Transportunternehmungen sowie auf Leichterfahrzeuge und Küstenschiffe. Art. 306. 326. Diese Bestimmungen sind theils eine Folge der besprochenen Grundsätze der beiden vorhergehenden Titel, theils sind sie dem holländischen H.G.B. Art. 96 und Ueberschrift vor Art. 91 und dem Entwurfe vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 49. 50 entnommen. In beiden Letzteren ist noch ausdrücklich erwähnt, daß die Satzungen der öffentlichen Transportanstalten abweichende Bestimmungen enthalten dürfen, und nur, soweit dieß nicht der Fall ist, das Gesetz entscheidet. Uebrigens wird es dessen nicht bedürfen, da beliebige Vereinbarungen der Parteien überhaupt zulässig sind, soweit nicht eine gebietende Gesetzesvorschrift entgegensteht.

Den Frachtbrief bezeichnet Art. 307 im Vergleiche mit franz. und bad. H.G.B. Art. 101, holl. H.G.B. Art. 90 und Entwurf vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 37 richtiger nur als Beweismittel über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Spediteur oder Absender. Morstadt S. 47 vor Note 39. Dessen Inhalt regelt Art. 308 in der bekannten Weise, nur ist dabei die auffallende Bestimmung, daß der Frachtbrief an Ordre gestellt werden dürfe. Vrgl. Brinkmann Handelsrecht §. 79 Note 4. 5. 6 — und meine Bemerkung zu Art. 231. S. 125 dieser Zeitschrift. —

Wie zufolge Art. 308 der Frachtführer die Ausstellung des Frachtbriefes verlangen kann, so ist zum Zwecke der in Art. 230 ausgesprochenen Uebertragbarkeit der Frachtbriefe und Ladescheine durch Art. 319 bis 325 bestimmt, daß der Frachtführer verpflichtet ist, eine oder mehrere Doppelschriften dieser Urkunden zu unterschreiben; ferner ist dort gesagt, wie er sich zu benehmen hat, um nach Ausstellung solcher Doppelschriften den richtigen Empfänger zu ermitteln, worüber Art. 314 schon im Allgemeinen ähnliche Vorschriften gibt, welche mit dem bad. und franz. H.G.B. Art. 106 übereinstimmen.

Die Zeit zur Ausführung des Transports richtet sich, wenn nichts bedungen ist, nach Ortsgebrauch. Treten unabwendbare Hindernisse ein, so kann der Absender die Waaren zurücknehmen, muß aber den Frachtführer entschädigen. Das Geding des Frachtabzugs für verspätete Lieferung schließt die Anforderung eines entstandenen höheren Schadens nicht aus. Art. 309. 311. Mit Unrecht fehlt die Bestimmung des bad. und franz. H.G.B. Art. 104 und des Entwurfs vom Jahr 1849 Tit. V. Art. 43, daß der Frachtführer für verspätete Ablieferung haftet, wenn er nicht beweist, daß ihn kein Verschulden trifft. Ebenso ist es ein Mangel, daß nicht, wie in Art. 280. 298 bei dem Commissionär und Spediteur, so auch dem Frachtführer zur Pflicht gemacht ist, die Mängel des übergebenen Guts zu constatiren, widrigenfalls er solches als wohlbeschaffen gelten lassen muß.

Dagegen ist mit Recht die strenge gemeinrechtliche Bestimmung des Receptum (Morstadt S. 46), und die damit übereinstimmende Ansicht des Code Napoléon Art. 1782. 1953. 1954 bad. und franz. H.G.B. Art. 103 verlassen, indem Art. 310 sagt, daß der Frachtführer von der Haftbarkeit für Verlust und Beschädigung des Guts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung sich frei macht, wenn er beweist, daß er solche durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht hätte abwenden können. Natürlich muß er aber für seine Leute einstehen, und auch für den ihm nicht vorgeschriebenen Zwischenfrachtführer. Art. 313 verglichen mit Art. 300. Direkte Klage gegen Letzteren ist zulässig, und bis zum Betrage der Frachtgelder kann sich der Empfänger überhaupt an den ablieferuden Frachtführer halten. Art. 313 Abs. 2. Ist das Gut durch die Beschädigung nicht unverkäuflich oder unbrauchbar geworden, so hat der Frachtführer die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder das beschädigte Gut gegen Bezahlung seines Werths übernehmen will. Art. 312. Die Motive des Entwurfs vom Jahr 1849 zu Titel V. Art. 42—44 erklären sich zwar gegen diese Bestimmung, aber sie entspricht sicher dem Handelsgebrauche.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 22.**

I.

Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs.

(Fortsetzung der Aufsätze in No. 9. 11. 12 14. 16. 21.)

Wie badisches und französisches H.G.B. Art. 105, so läßt auch unser Entwurf in Art. 315 durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeden Anspruch gegen den Frachtführer erlöschen, nimmt aber mit Recht die äußerlich nicht erkennbaren Abgänge und Beschädigungen aus, sofern solche ohne Verzug geltend gemacht werden. Ferner steht dem Frachtführer dieselbe Verjährung zur Seite, wie dem Spediteur.

Für seine Forderungen an Fracht und Auslagen geben ihm Art, 316. 317 ein noch binnen 3 Tagen nach der Ablieferung giltiges Pfandrecht, worüber ich auf meine obigen Erörterungen zu Art. 292 verweise. Versäumt der Frachtführer die Geltendmachung dieses Rechts, so erlöschen alle Ansprüche gegen den Absender, und bleiben nur jene gegen den Empfänger bestehen. Art. 318.

VI. Titel. **Von der Versicherung.** I. Abschnitt. Allgemeine Grundsätze. Der in gewisser Hinsicht schon dem römischen Rechte bekannte (Gerber, deutsches P.R. §. 202 Note 1) Versicherungsvertrag wird im Landrechte nur erwähnt, indem Satz 1964 ihn als einen unter eigenen Gesetzen stehenden Glücksvertrag bezeichnet, weßhalb sich Zachariä, franz Civilrecht Bd. II. § 439b auf einige Andeutungen beschränkt, aus denen namentlich hervorgeht, daß der Versicherungsvertrag sehr verschiedener Natur sein kann, und mit Unrecht vom Gesetze allgemein für einen Glücksvertrag erklärt wird. So hat auch gleich holländischem H.G.B. Art. 246 unser Entwurf in Art. 327 die Versicherung lediglich als einen Vertrag definirt, durch welchen der Versicherer gegen Gewähr einer Prämie die Verpflichtung übernimmt, dem Versicherten den Schaden zu ersetzen, welcher diesen aus einer künftigen Gefahr treffen kann. Bemerkenswerth ist dabei ferner, daß die Gewährung einer Prämie erfordert, mithin jene Art von Versicherung ausgeschlossen wird, welche darin besteht, daß sich Mehrere gegenseitig verpflichten, den Einen von ihnen treffenden Verlust gemeinsam zu tragen. Diese sogenannte gegenseitige Versicherung gehört auch nach meiner Bemerkung zu Art 212 S. 124 dieser Zeitschrift nicht in das Handelsrecht.

Die in L.R.S. 1964 vorbehaltenen besonderen Gesetze über den Versicherungsvertrag sind für Frankreich im H.G.B. Art. 332 ff. bezüglich dessen ursprünglicher Art, nemlich bezüglich der See-Assekuranz, gegeben, und werden dort vielfach analog auf die anderen Arten angewendet. Mittermaier §. 502 Note 10. Im badischen H.G.B. wurden diese, wie alle anderen das Seerecht betreffenden Bestimmungen weggelassen, und noch jetzt besitzen wir nur im Reg.-Bl. 1840 No. 28 und 1852 No. 14 Special-Gesetze über Fahrnißversicherungen gegen Feuersgefahr und über die Feuerversicherungsanstalt der Gebäude, welche die wichtigste Lehre bei Weitem nicht erschöpfen, da Bestimmungen über Transport-, Hagel- und Lebensversicherungen fehlen, und das letztere Gesetz sich nur in wenigen Punkten auf die nach dessen §. 9 für gewisse Gebäude und für ein Fünftel des Werths aller Gebäude zulässige Versicherung bei Privatgesellschaften erstreckt. Die Landes-Gebäudeversicherungs-Anstalt untersteht mit Ausnahme eines einzigen Falles von Streitigkeiten (Reg.-Bl. 1852 No. 14 §. 48) nur den Polizeibehörden, und auch die Fahrnißversicherung gegen Feuersgefahr ist nach dem erwähnten Gesetze und der dazu ergangenen Vollzugsverordnung (Reg. Bl. 1840 No. 28 und 36) vielfach an ein polizeiliches Verfahren gebunden. Diese polizeiliche Ueberwachung der Versicherungen gegen Feuersgefahr wird

Digitized by Google

aus nahe liegenden Gründen nach Einführung des allgemeinen deutschen H.G.B. fortdauern müssen, wie dies Gesetzbuch auch den Bestand unserer Landes-Gebäudefeuerversicherungsanstalt nicht gefährden kann, jedoch dürfte es zweckmäßig sein, in beiderlei Richtungen seiner Zeit in dem Einführungsgesetze Vorsorge zu treffen.

Hauptquelle des Entwurfs ist außer dem oft recht guten, aber auch vielfach veralteten und unpraktischen, allgemeinen preußischen Landrechte II. Theil VIII. Titel XIII. Abschnitt §. 1934 ff., das holländische H.G.B. Art. 246—308, welches diese Lehre vortrefflich behandelt.

Die Versicherungsverträge der bezeichneten Art dürfen nach Art. 327. 328 Alles, was einen Geldwerth hat, zum Gegenstand haben, nicht aber außer den im Gesetze für zulässig erklärten Fällen sich auf Glücksfälle oder einen erwarteten Gewinn beziehen, und durchaus bei Strafe der Nichtigkeit und der Confiscation ist die Versicherung gegen Gefahr bei verbotenen Handlungen des Versicherten untersagt.

So werden die mancher Orten vorkommenden Versicherungen von Schmuggel-Geschäften ungültig sein, was übrigens für uns schon aus L.R.S. 1133 folgt; in Uebereinstimmung mit diesem Gesetze sollte man auch die sittenwidrigen Handlungen in das Verbot des Art. 328 aufnehmen, da sie sonst nicht darunter fallen.

Uebrigens kann man nicht nur für eigene Rechnung, sondern auch zu Gunsten eines Dritten, selbst ohne dessen Wissen und ohne ihn zu nennen, eine Versicherung nehmen.

Der Vertrag muß schriftlich geschlossen werden, doch genügt die übliche Form mittelst Ausstellung und Annahme der Police. Gleichzeitige mehrfache Versicherung desselben Gegenstands ist zwar gültig, aber die Versicherer haften zusammen nur für den wirklichen Werth. Nachversicherung ist nur gültig, wenn sie ausdrücklich entweder nach Verzicht auf die erste Versicherung oder für den Fall geschieht, daß der Versicherte bei dem ersten Versicherer keine volle Befriedigung erhält. Theilweise Versicherung ist nach Verhältniß wirksam. Die Rückversicherung durch den Versicherer bei einem Andern ist zulässig.

Dieß sind die Hauptzüge der Bestimmungen in Art. 329—336 und eine Vergleichung mit holländischem H.G.B. 264—267. 255. 256. 253. 278. 277. 272. 280. 271 spricht zu deren Gunsten.

Mit Recht ist das unbedingte Verbot der mehrfachen Versicherung in §. 5 und 11. Reg.-Bl. 1840 No. 28 und §. 11. Reg.-Bl. 1852 No. 14 aufgegeben, doch dürfte sich für die gleichzeitige mehrfache Versicherung eine weitere Milde empfehlen lassen, daß nemlich ausgesprochen wird, die mehreren Versicherer haben für den Antheil eines zahlungsunfähigen Versicherers einzustehen, denn sie sind dazu durch den Bezug der Prämie verpflichtet, und der Versicherte macht keinen unerlaubten Gewinn. Auf eine unzulässige Nachversicherung ist dieß aber nicht auszudehnen, da hier der Versicherer durch Wahrung der gesetzlichen Formen sich schützen kann. — Preußisches Landrecht a. a. O. §. 2000. Gerber §. 202 Note 8.

Im II. Abschnitt „Rechtsverhältniß zwischen dem Versicherer und dem Versicherten" ist Verschulden des Versicherten bei Entstehung des Schadens und bei möglicher Rettung als Grund zur Befreiung des Versicherers erklärt, dagegen auch der Versicherer unbedingt für den Rettungsaufwand haftbar gemacht. Der Beweis des Werthes liegt dem Versicherten ob, wenn er nicht in der Police angegeben ist; andernfalls darf der Versicherer den Beweis des Uebermaßes führen. Nach geleisteter Entschädigung tritt der Versicherer in alle Rechte des Versicherten bezüglich des Schadens gegenüber Dritten.

Geht das Eigenthum der versicherten Sache auf einen Andern über, so erlangt dieser auch die Rechte aus der Versicherung, wenn der Versicherte einwilligt, oder auch ohne diese Einwilligung, wenn der Versicherte auf die Gefahr keinen Einfluß haben kann. Art. 337—343.

Dagegen läßt sich einwenden, daß zwar auch nach §. 5 und 14 der allegirten badischen Gesetze der vom Versicherten verursachte Schaden nicht ersetzt wird, indessen aber damit die Rechte unschuldiger Dritter nicht gekränkt werden dürfen, weshalb zufolge des §. 6 des Gesetzes Reg.-Bl. 1852 No. 14 die Gläubiger, welche Vorzugs- und Unterpfandsrecht an dem versicherten Gebäude besitzen, unter allen Umständen Anspruch auf die Versicherungssumme haben, soweit es zu ihrer Befriedigung nöthig ist.

Auch der in unserm Entwurfe Art. 374 Abs. 2 bei der Transportversicherung anerkannte Grundsatz, daß der Versicherer nicht für den Schaden haftet, welcher seinen Grund in der eigenthümlichen Natur oder in Fehlern der versicherten Sache hat, dürfte sich mit holländischem H.G.B. Art. 249. 276 zu einer allgemeinen Regel eignen, jedoch im Hinblicke auf manche Versicherungsarten, z. B. die Vieh-Versicherung nur mit der Beschränkung,

Digitized by Google

„sofern nicht im Vertrage das Gegentheil bedungen ist.“ Bedenklich scheinen mir die aus dem preußischen Landrechte a. a. O. §. 2163 generalisirten Bestimmungen wegen Uebergangs der Versicherung, denn sie erwähnen nicht des Einflusses der Besitzveränderung durch Faustpfandvertrag, Commission und Hinterlegung, und passen nicht auf die Gebäude, bei welchen die Versicherung gleich anderen Accessorien von selbst auf den neuen Erwerber übergehen muß, gehen auch zu weit, da bei dem Verkaufe einzelner Fahrnisse unmöglich die Versicherung fortdauern kann, wenn auch der Versicherte ohne Einfluß auf die Gefahr sein sollte.

III. Abschnitt. Ungültigkeit der Versicherung und Rückzahlung der Prämie. Außer den bereits erwähnten Fällen enthält Art. 344 die Androhung der Nichtigkeit für den Mangel der schriftlichen Beurkundung, was dem preußischen Landrechte a. a. O. §. 2064 entnommen, aber zu streng und für kleine Versicherungen unzweckmäßig ist. Gerber §. 202 Note 10. Es genügt, mit holländischem H.G.B. Art. 258 den Urkundenbeweis für allein zulässig zu erklären.

Mangel an Interesse auf Seiten des Versicherten, das dem Versicherer bekannte Vorhandensein der Gefahr, und der dem Versicherten bekannte Eintritt der Gefahr, andere erhebliche Unredlichkeit des Versicherten bei dem Vertragsabschluß, Untergang der Sache vor Wirksamkeit des Vertrags, sowie das Aufgeben der betreffenden Unternehmung sind weitere Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe, welche je nach Umständen auch die Zurückzahlung der Prämie und Schadenersatz zur Folge haben. Art. 344 bis 346.

Zufolge des durch Druckfehler entstellten, aber aus der ähnlichen Vorschrift über die See-Assekuranz in Art. 692 leicht zu ergänzenden Art. 349 verjähren alle Forderungen beider Theile aus dem Versicherungsvertrage in fünf Jahren nach Ablauf der Police oder des Versicherungsvertrages.

Der VII. und letzte Titel des III. Buches bespricht nun im Einzelnen die Versicherung von Gebäuden und Fahrnissen gegen Feuersgefahr, die Versicherung von Feldfrüchten gegen Hagelschlag und andere Gefahren, die Versicherung von Waaren bei Versendung zu Land, oder auf Flüssen und Binnengewässern, und schließlich die Lebensversicherung. Obwohl diese Bestimmungen interessant sind und zu mancherlei Bemerkungen Anlaß geben, so muß ich doch aus Rücksicht auf den Raum dieser Zeitschrift auf deren Erörterung verzichten, zumal sie mehr oder minder Folgerungen aus den obigen Grundsätzen sind. Nur dem letzten Abschnitt, von der Lebensversicherung will ich seiner Eigenthümlichkeit wegen einige Worte widmen.

Das Leben eines Menschen kann für einen bestimmten Zeitraum oder auf Lebenszeit in der Art versichert werden, daß für den Todesfall dem Versicherten oder seinen Rechtsnachfolgern die Zahlung einer bestimmten Summe verheißen wird. Auf das Leben eines Dritten kann man nur Versicherung nehmen, wenn derselbe einwilligt, oder wenn er zur nächsten Verwandtschaft gehört, oder wenn die Gefahr, gegen welche versichert wird, eine solche ist, auf deren Eintritt der Versicherungsnehmer keinen Einfluß haben kann. Mehrfache Versicherungen sind zulässig. Der Versicherer ist nicht zur Entrichtung der Versicherungssumme verpflichtet, wenn bei der Versicherung des eigenen Lebens der Versicherte durch Selbstmord, Todesstrafe oder Zweikampf das Leben verliert. Eben dasselbe gilt, wenn derjenige, welcher Anspruch auf die Versicherungssumme hat, den Tod des Versicherten absichtlich herbeiführt, jedoch bei nur theilweisem Bezugsrecht natürlich nur für diesen Theil. Art. 379—384.

Die aus dem preußischen Landrechte a. a. O. §. 1971—1973 entnommene Beschränkung der Versicherung des Lebens eines Dritten zeichnet sich vor Art. 303 des holländischen H.G.B. vortheilhaft aus, denn nur zu oft sind solche Versicherungen die Ursache von schweren Verbrechen gewesen. Man sollte vielleicht noch weiter gehen und die allerdings auch von Zachariä §. 439 b vor Note 2 vertheidigte Bestimmung, daß die Einwilligung des Dritten die auf sein Leben genommene Versicherung gültig macht, fallen lassen, denn es liegt in dieser Einwilligung keine genügende Bürgschaft gegen Verbrechen, weil sie erschlichen oder erkauft werden kann, und weil ungeachtet des Vertrauens des Dritten eine solche Versicherung seinem Leben gefährlich werden kann.

Mit Recht ist in richtiger Folgerung aus §. 1969 des preußischen Landrechts entgegen dem Art. 307 des holländischen H.G.B. der Tod im Zweikampfe dem Selbstmord gleichgestellt worden, da für beide der nämliche Grund Platz greift. Zur Beseitigung von Zweifeln wäre es zweckmäßig, die Bestimmung beizufügen, daß außer den im Gesetze benannten und den im Vertrage ausdrücklich ausgeschlossenen Todesarten jede andere zur Bezahlung der Versicherungssumme verpflichtet.

Digitized by Google

Auffallend ist es mir, daß die sehr übliche Viehversicherung, sowie die Versicherung gegen Körperbeschädigung auf Reisen in dem Entwurfe mit Stillschweigen übergangen worden sind. (Fortsetzung folgt.)

Dr. Puchelt.

II.

Eidesverweigerung. Zulässigkeit der Appellation gegen ein Purifikationserkenntniß.

§. 560. 561. Pr.O.

J. S. des Joseph Hogg in Löffingen gegen die Wittwe des Cölestin Fäßle von Mundelfingen, Forderung betr., wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 12. September 1856 das Erkenntniß des Amtes D., wodurch ein auf die Leistung eines Eides gehendes Urtheil für bereinigt erklärt und die Beklagte zur Bezahlung der eingeklagten Forderung verurtheilt ward, — aufgehoben und der Unterrichter angewiesen, neuerdings Tagfahrt zur Eidesleistung anzuordnen.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Da die Beschwerde der Appellantin darein gesetzt wird, daß dem Purifikationserkenntnisse die unrichtige Unterstellung der Eidesverweigerung zu Grunde liege, so erscheint das gegen dieses Erkenntniß ergriffene Rechtsmittel der Appellation statthaft.

arg. §. 894. 1131 Pr.O.

Annalen III. 310. IV. 264. V. 131.

Die Sache selbst anlangend hat zwar die Appellantin, welcher der Eid dahin auferlegt wurde, zu schwören:

„es ist wahr, daß Gregor Egi von Mundelfingen die mir vorgezeigte Urkunde vom 2. September 1853 unterzeichnet hat,"

in der Eidestagfahrt vom 15. Mai 1856 erklärt, daß sie sich nicht entsinnen könne, zugegen gewesen zu sein, als Gregor Egi die in Frage stehende Quittung vom 2. September 1853 unterschrieben habe, und daß sie daher insofern den Eid nicht schwören könne.

Allein hierin kann eine unbedingte Verweigerung des auferlegten Eides nicht gefunden werden, da jene Erklärung offenbar nur dahin zu verstehen ist und so gemeint war, daß sie den Eid nicht ableisten könne, insofern dabei unterstellt werde, sie habe das Niederschreiben der Urkunde selbst gesehen. Auf diese letztere Thatsache ist aber der Eid nicht gerichtet und zwar mit Recht, da der Schwörende auch aus andern Vorgängen die volle Ueberzeugung der Aechtheit der Urkunde erlangen und hierüber den Wahrheitseid ablegen kann.

Wenn daher — wie in der erwähnten Tagfahrt geschehen, — die Appellantin weiter erklärte, daß sie, weil der Aussteller der Quittung ihr solche selbst gegeben, vollkommen überzeugt sei, daß sie auch von ihm geschrieben sei, und sie sich dabei schließlich bereit erklärte, dieses zu beschwören, so hat der Unterrichter in der That mit Unrecht den Eid für verweigert angenommen, beziehungsweise es ist die Bedingung, unter welcher das rechtskräftige Urtheil des Amtes D. die Verurtheilung der Beklagten, Appellantin ausspricht, nicht als eingetreten anzunehmen.

Die Appellantin erscheint daher durch den unterrichterlichen Vereinigungsbescheid beschwert und mußte sonach, wie geschehen, abändernd erkannt werden.

Vom großh. Oberhofgericht wurde jedoch durch Urtheil vom 19. Februar d. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche Purifikationserkenntniß wieder hergestellt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die erste Beschwerde, welche der Oberappellant gegen die Zulassung der Appellation aufgestellt hat, ist nicht begründet.

Allerdings findet nach §. 561 der Pr.O. gegen die Verfügung, welche die Folgen der Eidesleistung oder Verweigerung ausspricht, keine Appellation statt. Allein die Appellation ist auch nicht gegen die amtliche Verfügung, soweit sie die Folgen der Eidesverweigerung ausspricht, unmittelbar gerichtet, sondern dagegen, daß der Eid für verweigert erklärt wurde, und der in jedem Purifikationserkenntniß ausdrücklich oder stillschweigend liegende Ausspruch, daß ein Eid für geleistet oder für verweigert anzunehmen sei, ist durch den §. 561 keineswegs für inappellabel erklärt, weßhalb den Parteien die Berufung gegen diesen Theil des Purifikationserkenntnisses offen steht, wenn sie glauben, daß das Eine oder das Andere mit Unrecht angenommen worden sei.

Dagegen erscheint die Beschwerde in der Hauptsache als begründet.

Der Eid einer Partei, durch welchen der Streit entschieden wird, muß genau in dem Sinne ausgeschworen werden, in dem er als Haupt- oder Notheid auferlegt worden ist. Es fordert nicht allein die Rechtskraft des be-

Digitized by Google

dingten Endurtheils, daß die gestellte Bedingung buchstäblich erfüllt werde, sondern es gebietet dieses auch der Rücksicht, daß der schwurpflichtigen Partei keine willkührliche Auffassung und Auslegung der Eidesformel gestattet werden darf, weil sonst die sogenannten Mentalreservationen begünstigt würden. Aus diesem Grunde darf insbesondere ein Eid, welcher als ein Wahrheitseid auferlegt worden ist, nicht als ein, das Fürwahrhalten oder die Ueberzeugung aussprechender Eid abgeleistet werden.

Bei dem Wahrheitseid wird nemlich vorausgesetzt, daß die Partei die Handlung, deren Wahrheit beschworen werden soll, selbst vorgenommen, oder sinnlich wahrgenommen hat, während da, wo dieß nicht der Fall ist, nur der Eid über die aus andern Erkenntnißquellen fließende Ueberzeugung stattfinden kann, und da dieser letztere Eid in seiner Zulässigkeit und in seinem Werthe beschränkter ist, als der Wahrheitseid, so kann nicht behauptet werden, daß beide Eid gleichbedeutend, und daß dem Urtheile, welches einen Wahrheitseid fordert, auch durch einen Eid über das Wissen genügt sei. — §. 530. 410. der Pr.O.

Im vorliegenden Falle ist nun zweifellos ein Wahrheitseid, d. h. ein Eid über die sinnliche Wahrnehmung der Aechtheit der Unterschrift gefordert worden. Es folgt dieß nicht allein aus den Worten der Eidesformel, wornach die Oberappellatin beschwören sollte: „es ist wahr" und nicht „ich halte für wahr," sondern auch daraus, daß dieser Eidesauflage die ausdrückliche Erklärung vorausgegangen war, daß die Oberappellatin das Unterschreiben gesehen habe.

Möchte es nun auch zur Begründung der vollen richterlichen Ueberzeugung hinreichend gewesen sein, den Eid darauf zu richten, daß die Oberappellatin die Unterschrift für ächt halte, oder daß ihr die Urkunde vom Aussteller übergeben worden sei, so lautet doch das rechtskräftige Urtheil nicht in diesem Sinne und kann daher auch nachträglich nicht in diesem Sinne ausgelegt und angewendet werden, ohne die für beide Theile eingetretene Rechtskraft zu verletzen.

Nachdem vielmehr aus der Erklärung der Oberappellatin hervorgeht, daß sie den Eid, wie er rechtskräftig gefordert ist, nicht ausschwören kann, so hat der Unterrichter den Eid mit Recht für verweigert erklärt, und es mußte deßhalb das unterrichterliche Urtheil wieder hergestellt werden. Hgr.

III.

Ueber die Auslegung des §. 704 des St.G.B., insbesondere über die Frage, ob derselbe auf Ortsstiftungsverrechner Anwendung findet?

Annalen XXI. S. 128., XXII. S. 118. 374. 405., XXIII. S. 63. 133. 401.

Obige Frage ist kürzlich vom obersten Gerichtshof nach einer anderen als der in den Annalen XXII. S. 406 ausgesprochenen Ansicht in folgendem Falle entschieden worden:

Konrad Limberger von D. wurde als Verrechner des Localarmenfonds und des Kirchenfonds zu D. aufgestellt und verpflichtet, ohne daß mit ihm ein Dienstvertrag abgeschlossen worden war. Er machte einen Receß von 1667 fl. zum Nachtheil beider Stiftungen. Das Hofgericht des Seekreises erklärte denselben durch Urtheil vom 3. Januar d. J. der Rechnersuntreue für schuldig, und verfällte ihn hierwegen zu einer Arbeitshausstrafe von 3 Jahren und zur Dienstentlassung, von der Ansicht ausgehend, daß der §. 704 des St.G.B. auf Ortsstiftungsverrechner keine Anwendung finde.

Hiegegen ergriff die Staatsbehörde den Rekurs, insofern als nicht statt der Dienstentlassung die im §. 169 des St.G.B. bestimmte stellvertretende Strafe ausgesprochen wurde.

In der Rekursbeschwerde ist gesagt:

Der Angeschuldigte war als Verrechner des Localarmenfonds und Kirchenfonds nicht lebenslänglich oder unwiderruflich angestellt, er konnte daher nach der Verordnung im Regierungsblatte von 1827 No. 1 S. 1, so wie nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts (L.R.S. 2003 ff.) zu jeder Zeit entlassen werden. Er hat somit kein ständiges öffentliches Amt bekleidet und eben deßhalb wäre gegen ihn statt der Dienstentlassung nach §. 704 die stellvertretende Strafe zu erkennen gewesen. Aus der Bestimmung im Zusatz zu §. 704 (§. 2 Ziff. 4 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851) kann mit Grund nicht gefolgert werden, daß der Ausdruck „ohne ein ständiges Amt" im §. 704 als gleichbedeutend mit „vorübergehend" zu verstehen ist. Denn jene Zusatzbestimmung wurde nach Inhalt des von Oblircher in der ersten Kammer im Jahr 1849 erstatteten Commissionsberichtes lediglich deßhalb erlassen, weil der Begriff, welchen der §. 657 des St.G.B. von öffentlichen

Digitized by Google

Dienern aufstellt, es mindestens sehr zweifelhaft läßt, ob sich die Geschworenen und andere Personen, die, ohne in einem öffentlichen Richterdienste zu stehen, vorübergehend zur Ausübung von Richterpflichten berufen sind, z. B. Schiedsrichter, unter irgend eine der in §. 654 bezeichneten Klassen von öffentlichen Dienern ohne ausdehnende Interpretation einreihen lassen. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, statt der Dienstentlassung die stellvertretende Strafe nur gegen solche öffentliche Diener eintreten zu lassen, welche vorübergehend zu einer Dienstführung berufen sind, so würde er in §. 704 sicher den Ausdruck „vorübergehend" und nicht den Ausdruck „ohne ein ständiges öffentliches Amt zu bekleiden" gebraucht haben, welcher letztere Ausdruck nur dann einen vernünftigen Sinn hat, wenn er subjectiv genommen, d. h. so auf die Person selbst bezogen wird, daß statt der Dienstentlassung die stellvertretende Strafe gegen jeden erkannt werden muß, der nicht ständig, d. h. nicht lebenslänglich oder unwiderruflich mit einem öffentlichen Amte bekleidet ist. Objektiv genommen, hätte der Ausdruck „ständiges Amt" im §. 704 wirklich keinen Sinn, da ja jedes öffentliche Amt in der Regel ein ständiges ist.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 14. März d. J. das hofgerichtliche Urtheil, soweit dagegen die Staatsbehörde rekurrirt hatte, dahin abgeändert, daß der Angeschuldigte statt der Dienstentlassung in eine weitere Arbeitshausstrafe von 4 Monaten zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt führt darüber Beschwerde, daß in dem gegen den Angeschuldigten erlassenen Strafurtheil nicht statt der Dienstentlassung die im §. 169 des St.G.B. bestimmte stellvertretende Strafe ausgesprochen wurde. Diese Beschwerde erscheint begründet. Nach §. 704 hat nämlich gegen denjenigen öffentlichen Diener, welcher die Strafe der Dienstentlassung verschuldete, dessen Amt aber kein ständiges ist, statt der Dienstentlassung die stellvertretende Strafe des §. 169 einzutreten. Das Amt des Angeschuldigten war nun kein ständiges, weil er, der bei seiner Ernennung zum Stiftungsrechner keinen besonderen Dienstvertrag abgeschlossen hatte, seines Dienstes jeder Zeit entlassen werden konnte. (Vgl. die Normalverordnung über die Verwaltung der katholischen Local- und Distriktsstiftungen vom 21. Novbr. 1820.) Es wäre daher gegen ihn statt der Dienstentlassung nach §. 169 eine Kreisgefängnißstrafe von wenigstens 6 Monaten zu erkennen gewesen. Da er aber schon in eine Freiheitsstrafe anderer Art, nämlich Arbeitshaus, rechtskräftig verurtheilt ist, so hat eine Verwandlung jener Kreisgefängnißstrafe in Arbeitshaus nach Maaßgabe des §. 165 einzutreten, und erscheint darnach der Antrag der Rekursbeschwerde, statt der Dienstentlassung eine weitere Arbeitshausstrafe von 4 Monaten gegen den Angeschuldigten zu erkennen, gerechtfertigt. Hgr.

IV.

Ist nach dem Gesetz vom 21. Februar 1851 die Eideszuschiebung zum Beweis der Thatsachen zulässig, welche dem Vermuthungsbeweis zu Grund gelegt werden?

Annalen 1857 No. 7. IV.

Obige Frage ist wohl zu verneinen.

1) Gehen wir auf den Grund und Zweck des Gesetzes zurück, so ist es unzweifelhaft, daß er für das Verbot der Eideszuschiebung über die Vermuthungsthatsachen, sowie über die Thatsache des Beischlafes der nämliche ist. Beim Mangel aller Beweismittel nämlich soll in den hier fraglichen Verhältnissen der Beklagte vor der Zuschiebung des Haupteides geschützt, und von der unangenehmen Lage, einen Eid leisten zu müssen, verschont bleiben; auf der andern Seite soll den Klagen aus Beischlaf nicht allzuleicht Eingang verschafft und die Entscheidung der Sache nicht von dem Eid allein abhängig gemacht werden. Wenn daher die Zuschiebung des Eides über die Vermuthungsthatsachen als zulässig angenommen würde, so wäre Grund und Zweck des Gesetzes verfehlt; ja das Gesetz hinsichtlich des Verbots der Eideszuschiebung würde zu einem rein illusorischen gemacht. In allen Fällen — ohne Ausnahme — läge es gegen den Grund und Zweck des Gesetzes in der Hand des Klägers, die Entscheidung des Rechtsstreits lediglich vom Eid abhängig zu machen; denn in allen Fällen ist der Beischlaf von Nebenumständen begleitet, welche dem Vermuthungsbeweis als genügende Thatsachen zu Grund gelegt und zum Gegenstand der Eideszuschiebung gemacht werden können. Fehlt es dem Kläger an jeglichem Beweismittel, so läßt er sich von der Mutter des Kindes die dem Beischlaf vorangegangenen und nachgefolgten Umstände und Aeußerungen des Beklagten erzählen, aus denen nothwendig die Vermuthung des wirklich vollzogenen Beischlafs her-

Digitized by Google

vorgeht, und schiebt zum Beweis derselben dem Beklagten den Eid zu. Das gesetzliche Verbot des Eides hätte daher keine andere Folge als die, daß der Eid nunmehr statt über den einfachen Akt des Beischlafs, über die oft obscönsten Nebenumstände zugeschoben würde. Daß aber das der Wille des Gesetzgebers nicht war, ist gewiß.

2) Die Verneinung obiger Frage rechtfertigt sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes. Hiernach ist „zum Beweis des Beischlafs" die Eideszuschiebung nicht zulässig. Beim Vermuthungsbeweis nun enthalten gerade die demselben zu Grund gelegten Thatsachen und deren Beweis den Beweis des Beischlafs selbst, d. h. diese Thatsachen und die Beweismittel hiefür dienen „zum Beweis des Beischlafs." Die Anführung der Thatsachen — ohne Beweis — sind von keinem Belang, also wird der Beweis derselben gerade zum Beweis des Beischlafs selbst angetreten; die Beweismittel für diese Thatsachen, somit die Eideszuschiebung hierüber, werden als Mittel zum Beweis des Beischlafs gebraucht, und ist letztere somit nach dem Wortlaut des Gesetzes unzulässig. Wenigstens dient der Beweis der Vermuthungsthatsachen, also die Eideszuschiebung hierüber, mittelbar „zum Beweis des Beischlafs." Zu diesem Zweck aber verbietet das Gesetz die Eideszuschiebung unbedingt, es darf daher auch der Richter nicht unterscheiden und darf die Eideszuschiebung, gleichgültig ob sie mittelbar oder unmittelbar zum Beweis des Beischlafs dient, nicht zulassen.

Beim klaren Wortlaut des Gesetzes ist der Umstand, daß dasselbe im Verbot der Eideszuschiebung eine Ausnahmsbestimmung enthält, von keiner Erheblichkeit mehr für vorliegende Frage.

3) In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen, wie sie in der oben angeführten Stelle dieser Blätter enthalten sind, wird noch gesagt, daß schon vor der Wirksamkeit des hier fraglichen Gesetzes die Zusage eines Ernährungsbeitrags und die darauf erfolgte Annahme wirksam gewesen sei, und daß hieran dieses neuere Gesetz nichts geändert habe. Es ist dies allerdings richtig. Allein daraus folgt nicht, daß — wie schon früher zum Beweis einer solchen Zusage die Eideszuschiebung benützt werden konnte — dies auch dann der Fall ist, wenn eine solche Zusage zum Gegenstand eines Vermuthungsbeweises in einem Rechtsstreit gemacht wird, in welchem die Ernährungsverbindlichkeit auf die Thatsache des Beischlafs gestützt ist. Es sind hier zwei ganz verschiedenartige Fälle mit einander vermengt; der Fall, wo aus einer Zusage und Annahme, d. i. aus einem Vertragsverhältniß geklagt wird, und der Fall, wo die Klage auf die Thatsache des Beischlafes gestützt ist. Dort soll durch die Eideszuschiebung das Vertragsverhältniß bewiesen werden, hier aber ist der Endzweck der Eideszuschiebung der Beweis des Beischlafes, und zu diesem Endzweck „zum Beweis des Beischlafes" ist die Eideszuschiebung durch das neue Gesetz ausdrücklich untersagt. Wr.

V.

Hat das Geständniß des Ehemannes im Verfahren auf Vermögensabsonderung nach badischem Recht volle Beweiskraft?

In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. XIII. Seite 114 ff. wird unter Bezug auf Zachariä Band IV. S. 472 der allgemeine Rechtssatz hervorgehoben, daß die Gültigkeit der Anerkennung eines Rechtsanspruchs durch die Befugniß des Anerkennenden, über das betreffende Rechtsverhältniß zu verfügen, bedingt sei, weil eine solche Anerkennung lediglich eine freiwillige Disposition ist. Hiernach wird aus dem Verbot einer vertragsmäßigen Aufhebung des Güterrechts die Verneinung der oben aufgestellten Frage gefolgert.

Wie nun schon in diesen Blättern Band XI. No. 29 dargethan ist, daß das Verbot der außerordentlichen Vermögensabsonderung sich nur auf die außergerichtliche, nicht aber auf die gerichtliche Absonderung bezieht, so läßt sich jene in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern begründete Ansicht auch von einem andern Gesichtspunkt aus beanständen. Dort wird unterstellt, daß das Geständniß in Rechtsstreitigkeiten mit der Anerkennung des gegnerischen Rechtsanspruchs identisch sei, aber wohl mit Unrecht.

Das Geständniß, wie es hier in Betracht kommt, ist das Zugeben der Thatsachen, welche in einem Vermögensabsonderungsstreit den Vorträgen der klägerschen Ehefrau zu Grunde gelegt sind. An und für sich enthält daher das Geständniß noch gar keine Anerkennung des Rechtsverhältnisses oder Verzicht auf den Streitgegenstand selbst, sondern der beklagte Ehemann kann neben diesem Zugeständniß der Klagthatsachen u. s. w. das beanspruchte Recht, hier das Recht der Frau auf Absonderung bestreiten.

Das Geständniß enthält vielmehr nur einen Verzicht

Digitized by Google

auf das Recht, einen Beweis von dem Gegentheil zu fordern, wie dieß auch Zachariä a. a. O. ausspricht. Dieses Recht des Mannes aber, zuzugestehen, daß er Schulden oder kostspielige Ausgaben u. s. w. gemacht habe, und auf den deßfallsigen Beweis des Gegentheils zu verzichten, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Allerdings kann das Geständniß, d. i. das Zugeben von Thatsachen bisweilen eine Anerkennung des Rechtsverhältnisses selbst — eine freiwillige Disposition über den Streitgegenstand — zur Folge haben, allein daraus kann nicht geschlossen werden, daß nun auch das Geständniß an dieselben Voraussetzungen gebunden sei, wie eine selbstständige Einräumung des Rechts selbst, wie ein selbstständiger Verzicht auf den Streitgegenstand. Diesen Satz anerkennt unsere Gesetzgebung ausdrücklich: so ist zum Verzicht und zur Anerkennung der gegentheiligen Rechtsansprüche, sowie überhaupt zu allen Handlungen, welche eine Verfügung über den Streitgegenstand enthalten für den Bevollmächtigten eine Specialvollmacht nothwendig, nicht aber auch zum Geständniß, obgleich auch der Bevollmächtigte keine Befugniß über den Streitgegenstand selbst hat §. 138 Pr. O.*); so ist der Vormund, der keine freie Verfügungsgewalt über das Vermögen des Mündels hat, in dessen Rechtsstreiten (auch wo er zu deren Führung eine obervormundschaftliche Ermächtigung nicht nöthig hat) zur Abgabe von Geständnissen befugt, nicht aber — ohne besondere Ermächtigung — zu Handlungen, welche eine Verfügung über den Streitgegenstand selbst enthalten, z. B. L.R.S. 457. 467; ferner: dem Gantschuldner ist die Verfügung über sein Vermögen untersagt §. 788 Pr.O., demohnerachtet genießt sein alleiniges Geständniß in der Regel volle Glaubwürdigkeit. §. 831 Pr.O.

Es ist sonach wohl zu unterscheiden und im Gesetz unterschieden zwischen selbstständigen freiwilligen Dispositionen über den Streitgegenstand, und Handlungen, welche solche möglicher Weise zur Folge haben, zwischen einer selbstständigen Anerkennung des Rechtsanspruches und einem Geständniß, das jene vielleicht mittelbar bewirkt. Das letztere ist nicht wie die erstere durch die Befugniß bedingt, über das Rechtsverhältniß willkührlich zu verfügen.

An der oben bezeichneten Stelle dieser Blätter ist auch ausgeführt, welche Ungereimtheiten im prozessualischen Verfahren die Verneinung unserer Frage zur Folge haben würde. Insbesondere wäre in den hier fraglichen Streitigkeiten das Beweisverfahren der bürgerlichen Pr.O. fast gar nicht mehr anwendbar, wenn man das Geständniß des Beklagten gegen alle gesetzliche Bestimmungen (§. 355 Pr.O. L.R.S. 1356 Abs. 2) nicht für vollbeweisend erachtete; denn wenn die kläger'sche Frau den Beweis z. B. durch Zeugen oder Privaturkunden antritt, so wäre folgeweise auch hier die Erklärung des Beklagten nicht maßgebend, sondern der Richter müßte von Amtswegen untersuchen, ob die Zeugen glaubwürdig oder verdächtig oder die Urkunden ächt sind, d. h. er müßte ganz nach der Strafprozeßordnung verfahren. Wäre der badische Gesetzgeber von diesem Gesichtspunkt ausgegangen, so würde er gewiß hierüber besondere Bestimmungen in der neuen Pr.O. aufgenommen haben, wie dies in Frankreich im Code de proc. Art. 865 ff. geschah, um so mehr als schon bei dem Entwurf des Art. 1447 besondere Bestimmungen zum Prozeßverfahren verwiesen wurden (Maleville ad art. 1447) und unsere Frage überhaupt schon vielfach berührt wurde; aber im Gegensatz hiervon verlangt die neue Pr.O., abweichend von der früheren, zum Geständniß des Bevollmächtigten nicht einmal mehr eine Special-Vollmacht.

Bei Verneinung der oben aufgestellten Frage müßte man consequent auch bei andern Rechtsstreitigkeiten der Eheleute das Geständniß des Mannes als nicht vollbeweisend ansehen; so z. B. wenn die Ehefrau gegen den Ehemann eine Klage dahin erhebt, daß der zwischen beiden geschlossene Ehevertrag für ungültig erklärt werde, weil er durch Betrug oder Zwang zu Stande gebracht wurde; auch hier, wie bei der Vermögensabsonderung, handelt es sich um eine Aenderung der bestehenden vermögensrechtlichen Verhältnisse, es wäre also auch hier das Geständniß des Mannes nicht entscheidend und Ehefrauen allein kämen in solchen Prozessen ausnahmsweise die Vortheile nicht zu gut, welche das Gesetz an das Geständniß knüpft.

Erwägt man endlich, daß gerade bei Absonderungsklagen für dritte Gläubiger mehr als bei andern Rechtsgeschäften ihrer Schuldner gesorgt ist, indem das Absonderungsverfahren an gewisse Förmlichkeiten gebunden ist, das Absonderungserkenntniß veröffentlicht werden muß und die Gläubiger hier behufs der Anfechtung nach dem Wortlaute und Geiste des Gesetzes (L.R.S. 1447) nicht einmal eine Gefährde zu beweisen haben, und daß meist die Gläubiger durch den Vollzug, und selten durch das Erkenntniß der Absonderung benachtheiligt werden, so gibt auch die Rücksicht auf die Gläubiger keinen Grund dafür ab, hier dem Geständniß des Mannes die volle Beweiskraft abzusprechen und dürfte nach all diesem die obenaufgestellte Frage bejaht werden. Wr.

*) Das Geständniß ist dem Bevollmächtigten ganz freigestellt, ohne daß es in der Prozeßvollmacht auch nur im Allgemeinen einer Erwähnung bedürfte, während die Anerkennung des Rechtsanspruchs eine Specialvollmacht erfordert, eben weil das Geständniß an sich nicht gerade eine Anerkennung des Rechtsanspruchs enthalten muß, sondern nur zur Folge haben kann, der Gesetzgeber daher beide Handlungen nicht als gleichbedeutend betrachtet.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 23.**

I.

Zur Lehre von der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren.

Im Laufe des Jahres 1856 war bei großh. Bezirksamte Neckargemünd eine Untersuchung anhängig, welche verschiedene Münzverbrechen zu Tage förderte. Es hatte diese Untersuchung unter Andern ein Verweisungserkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 13. Novbr. 1856 zur Folge, welches dahin lautete:

Heinrich Seifert von Dilsberg, Christoph Kühner von Bammenthal und Sebastian Leibfried von Dilsberg seien unter der Anschuldigung:

daß sie sich im Jahre 1847 zur Fertigung inländischer oder anderer, im Großherzogthume im gemeinen oder auch nur im Handelsverkehr geltender Münzen, um sie als Geld in Umlauf zu setzen, verabredeten, daß auch das verabredete Verbrechen theils ausgeführt wurde, indem in Dilsberg oder an andern Orten falsche Münzen der angegebenen Art, insbesondere falsche Sechskreuzerstücke und Groschenstücke gefertigt wurden, theils die Ausführung des verabredeten Verbrechens angefangen wurde, und daß Heinrich Seifert, Christoph Kühner und Sebastian Leibfried in Folge der Verabredung vor oder bei oder nach der That mitwirkten, oder sich durch ihre Gegenwart bei der Ausführung zur Mitwirkung bereit zeigten, daß sie sich damit des nach St.G.B. §§. 509. 510. 125 zu bestrafenden Verbrechens der Münzfälschung schuldig gemacht haben,

zur Aburtheilung vor das Schwurgericht zu verweisen.

Die Staatsbehörde legte in der Anklageschrift die in das Verweisungserkenntniß aufgenommenen Thatsachen ausführlicher dar, und trug insbesondere dabei vor, daß es zunächst nach den zur Vorbereitung des fraglichen Münzverbrechens nöthigen Handlungen zum wirklichen Fertigen falscher Münzen gekommen sei, daß diese Fertigung wegen Zerbrechens eines Werkzeuges habe aufgegeben werden müssen, und daß nach Wiederherstellung des gedachten Werkzeugs das Prägen falscher Münzen zwar versucht, aber nicht mehr zur Vollendung gebracht worden sei.

Bei der schwurgerichtlichen Verhandlung wurden bezüglich der Angeklagten Seifert, Kühner und Leibfried sechs Fragen an die Geschworenen gestellt. Je zwei bezogen sich auf einen der gedachten Angeklagten, die Fragen I. und II. auf Seifert, III. und IV. auf Kühner, V. und VI. auf Leibfried. Die Fragen I. III. V., sowie die Fragen II. IV. VI. waren — mit Ausnahme der nöthigen Aenderung in den Namen — unter sich gleichlautend. Es folgen hier die hinsichtlich des Leibfried gestellten Fragen V. und VI.

Frage V.

Ist der Angeklagte Seb. Leibfried von Dilsberg schuldig, im Jahre 1847 nach vorausgegangener Verabredung mit Heinrich Seifert von Dilsberg und Christoph Kühner von Bammenthal oder dem Einen oder dem Andern derselben zur Ausführung des gemeinschaftlich bezweckten Verbrechens falsche, im gemeinen oder auch nur im Handelsverkehre des Großherzogthums Baden geltende Münzen, insbesondere falsche Sechskreuzerstücke und Groschen, um sie als Geld in Umlauf zu setzen, in Dilsberg oder an andern Orten gefertigt, oder in Folge der Verabredung vor oder bei oder nach der That mitgewirkt

Digitized by Google

oder doch durch seine Gegenwart bei der Ausführung sich zur Mitwirkung bereit gezeigt zu haben?

Frage VI.

(für den Fall der Verneinung der Frage V.)

Ist der Angeklagte Seb. Leibfried von Dilsberg schuldig, im Jahre 1847 nach vorausgegangener Verabredung mit Heinrich Seifert von Dilsberg und Christoph Kühner von Bammenthal oder dem Einen oder dem Andern derselben zur Ausführung des gemeinschaftlich bezweckten Verbrechens die Fertigung falscher im gemeinen, oder auch nur im Handelsverkehr des Großherzogthums Baden geltender Münzen, insbesondere falscher Sechskreuzer- und Groschenstücke, um sie als Geld in Umlauf zu setzen, in Dilsberg oder an andern Orten angefangen oder in Folge der Verabredung vor oder bei oder nach der That mitgewirkt, oder doch durch seine Gegenwart bei dem Anfang der Ausführung sich zur Mitwirkung bereit gezeigt zu haben?

Der Wahrspruch der Geschworenen bejahte die Fragen I. und III. (Die Fragen II. und IV. waren, gleich der Frage VI., nur eventuell gestellt), verneinte die Frage V., bejahte dagegen wieder die Frage VI. Er erklärte somit die Angeklagten Seifert und Kühner der Theilnahme (St.G.B. §. 125) an der Fertigung falscher Münzen, den Angeklagten Leibfried aber nur der Theilnahme am Anfange der Ausführung einer solchen Fertigung für schuldig.

Der Schwurgerichtshof sprach hierauf am 22. Dezember 1856 folgendes Urtheil:

> Die Angeklagten Heinrich Seifert von Dilsberg und Christoph Kühner von Bammenthal seien der Münzfälschung für schuldig zu erklären und deßhalb Heinrich Seifert zu Zuchthausstrafe von zwei Jahren, in Einzelhaft von 1½ Jahren, und Christoph Kühner zu Zuchthausstrafe von zwei und einem halben Jahre, in Einzelhaft von 1⅔ Jahren zu verurtheilen. Der Angeklagte Sebastian Leibfried sei des nicht beendigten Versuchs der Münzfälschung für schuldig zu erklären und deßhalb zu Zuchthausstrafe von einem Jahre und einem Vierteljahre, in Einzelhaft von ⅚ Jahren zu verurtheilen.

Sebastian Leibfried ergriff das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und stützte es auf zwei Gründe:

In erster Reihe suchte er dasselbe durch folgende Anschauungsweise zu rechtfertigen:

Nachdem durch Bejahung der hinsichtlich der Angeklagten Seifert und Kühner gestellten Fragen I. und III. ausgesprochen worden, daß das den drei Angeklagten gemeinsam zur Last gelegte Verbrechen der Münzfälschung wirklich verübt (d. h. vollendet) worden sei, hätte die Annahme einer jeden, auch noch so unbedeutenden Mitwirkung des Sebastian Leibfried denselben als Theilnehmer am vollendeten Verbrechen erscheinen lassen. Jede Versuchshandlung sei nach den §§. 125. 129 des Str.G.B. dem Theilnehmer so anzurechnen, als wenn er selbst das in Verabredung beschlossene Verbrechen verübt hätte. Durch Verneinung der Frage V. sei festgestellt gewesen, daß Leibfried sich in keiner Weise, also auch nicht mit Anfangshandlungen bei dem fraglichen Verbrechen betheiligt habe. Es sei hiermit auch verneint gewesen, daß Leibfried die Ausführung der Münzfälschung angefangen habe. Die Frage VI. habe nach Bejahung der Fragen I. und III. und nach Verneinung der Frage V. keinen rechtlichen Gegenstand mehr gehabt. Sie hätte somit gar nicht gestellt werden sollen. Ihre Beantwortung sei bei dieser Sachlage für nicht geschehen zu erachten, und es wäre demzufolge Leibfried auf den Grund der Verneinung der Frage V. sofort freizusprechen gewesen. Es liege der Fall vor, daß der Schwurgerichtshof das Gesetz unrichtig ausgelegt und unrichtig angewendet habe. §§. 115³. 117³ des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851. Die vom Schwurgerichtshofe mit Unrecht versagte Freisprechung des Leibfried sei nun vom Cassationshofe zu verfügen.

In zweiter Reihe wurde die Nichtigkeitsbeschwerde auf folgende Weise zu begründen gesucht:

In der Frage VI. seien fünf verschiedene Eventualitäten durch das Wörtchen „oder" angedeutet und mit einander verbunden. Eine so gefaßte Frage könne zwar kurzweg in allen ihren Theilen verneint, sie könne aber nicht mit einem einfachen „ja" beantwortet werden, ohne daß der Antwortende zugleich angebe, welche der verschiedenen Eventualitäten er für vorliegend erachte. Der Richter sei nicht im Stande, die wahre Bedeutung einer solchen Antwort zu erkennen, und auf den Grund derselben gemäß §. 150 des Str.G.B. die relative Strafbarkeit zu finden. Nicht minder bleibe es ungewiß und unerforschlich, ob die gesetzliche Mehrheit der Geschworenen eine und dieselbe Eventualität als bewie-

Digitized by Google

sen erachte. Es sei bei einem einfachen „ja“ nicht zu erkennen, ob etwa je nur 2—3 Stimmen das Vorhandensein einer einzelnen der durch „oder“ getrennten Eventualitäten als dargethan annähmen, und durch das Zusammenzählen dieser Stimmen die gesetzliche Mehrheit sich ergebe, oder ob sich acht oder gar zwölf Stimmen für das Vorhandensein einer und derselben Eventualität ausgesprochen hätten. Klar sei es aber, daß blos dann, wenn sich die gesetzliche Mehrheit für eine und dieselbe Eventualität ausgesprochen habe, die betreffende Frage als bejaht betrachtet werden könne. Durch eine Fragestellung, welche die eben geschilderten Ungewißheiten zulasse, seien wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzt. Es müsse bei dieser Sachlage, falls nicht auf den Grund der ersten Beschwerde sofort eine Freisprechung erfolgen, doch jedenfalls auf den Grund der zweiten Beschwerde, sowie im Hinblicke auf die §. 115 [2]. 117 [2] des Einf.-Ges. von 1851 die Cassation des Verfahrens und Urtheils eintreten.

Bei der mündlichen Verhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde führte der Anwalt des Nichtigkeitsklägers die oben mitgetheilten Beschwerdegründe weiter aus.

Die Staatsbehörde trat der Nichtigkeitsbeschwerde entgegen, und erklärte sich zunächst über den ersten Beschwerdegrund in folgender Weise:

Die Frage VI. fasse gleich den Fragen II. IV. den Thatbestand des Versuchs der Münzfälschung (St.G.B. §. 106), die Frage V. hingegen, gleich den Fragen I. III., den Thatbestand einer vollendeten Münzfälschung in sich. Diese Art der Fragestellung stütze sich auf das Verweisungserkenntniß und auf die Anklageschrift. Ersteres sowohl als letztere hätten der vollendeten und der versuchten Münzfälschung gedacht. Ueberdies habe man vielleicht in den schwurgerichtlichen Verhandlungen noch einen weiteren Anhaltspunkt für die Stellung der Versuchsfrage gefunden, indem die Vertheidigung im Laufe gedachter Verhandlungen stets behauptet habe, bei der Unvollkommenheit der wirklich gefertigten Münzen könne im vorliegenden Falle überhaupt nur von einer versuchten, nicht aber von einer vollendeten Münzfälschung die Rede sein. Keinem Zweifel könne es hiernach unterliegen, daß die Stellung von Fragen, welche das vollendete und von solchen, welche das versuchte Verbrechen im Auge gehabt, zulässig, ja sogar nothwendig gewesen sei. Der Umstand, daß die auf das vollendete Verbrechen gerichtete Frage verneint, die auf das versuchte Verbrechen gerichtete Frage bejaht worden sei, fasse sicherlich an und für sich keinen Wiederspruch in sich. Nach Ansicht der Nichtigkeitsbeschwerde solle nun darin etwas Unhaltbares liegen, daß durch Bejahung der auf Seifert und Kühner bezüglichen Fragen I. und III., welche des Leibfried als dritten Theilnehmers am fraglichen Verbrechen gedächten, das Dasein einer vollendeten That angenommen worden sei, während doch dieselbe That in Folge der Verneinung der Frage V. und Bejahung der Frage VI. nur als versucht erscheine. Hiegegen komme in Betracht, daß im vorliegenden Falle, wie dieß nach richtigen Begriffen von der Fragestellung geschehen müsse, über die Betheiligung eines jeden der drei Angeklagten besondere Fragen gestellt worden seien, und daß bei dieser Trennung der verschiedenen Angeklagten aus der Beurtheilung des einen Angeklagten nichts für die des andern abgeleitet werden könne.

Wenn die Geschworenen aus irgend einem Grunde zwei Angeklagte härter, den dritten milder beurtheilt hätten, so hätten sie — möchten sie nun die Sache richtig oder unrichtig angesehen haben — lediglich innerhalb ihres Gewaltskreises gehandelt, und ihre Behandlungsweise des factischen Stoffes könne keinen Gegenstand einer Erörterung vor dem Cassationshofe bilden.

Wolle man aber der Thätigkeit der Geschworenen folgen, so gelange man sofort zu der Ueberzeugung, daß der Wahrspruch jedenfalls nichts Widersinniges in sich fasse. Möglicherweise könnten die Geschworenen eine Schuld des Leibfried nur bezüglich des Vorfalles, den die Anklageschrift selbst als einen Versuch darstelle, als dargethan angenommen haben. Möglicherweise hätten die Geschworenen durch ihren Wahrspruch kund geben wollen, daß sich ihrer Anschauungsweise nach Leibfried nur bei den Anfangshandlungen der von Seifert und Kühner zur Vollendung gebrachten That betheiligt habe. Sei nun auch die letztere Anschauungsweise vor dem Gesetze nicht haltbar, indem — wie Seitens des Nichtigkeitsklägers richtig bemerkt werde — jede in Folge einer Verabredung stattgehabte Mitwirkung zu einem Verbrechen, bewege sich die Handlungsweise des Mitwirkenden in dem einen oder andern Stadium der Gesammtthat, eine Theilnahme an letzterer im Sinne des §. 123 des St.G.B. begründe, so könne sich doch der Nichtigkeitskläger gewiß nicht darüber beklagen, daß in Folge einer irrigen Anschauungsweise der Geschworenen ein ihm günstiger Erfolg — nemlich eine Schuldigerklärung wegen der ver-

Digitized by Google

suchten statt einer solchen wegen der vollendeten That — zu Tage getreten sei. Der Schwurgerichtshof hätte vielleicht versucht sein können, auf den Grund der Bejahung der Fragen I. und III. die That überhaupt als vollendet anzunehmen, und den Leibfried, der der Theilnahme am Anfange der Ausführung für schuldig erklärt worden war, auf den Grund des §. 125 des St.G.B. wegen des vollendeten Verbrechens zu verurtheilen. Mit Recht habe sich aber der Gerichtshof von dieser Anschauungsweise ferne gehalten, indem er, hätte er sie zu der seinigen gemacht, gegen das Princip der gänzlichen Trennung der hinsichtlich mehrerer Angeklagter zu stellenden Fragen gefehlt haben würde. Diesem Principe nach wäre es nemlich nicht zulässig gewesen, aus der Bejahung der hinsichtlich des Seifert und Kühner gestellten Fragen I. und III. etwas zum Nachtheile des Leibfried abzuleiten. Wenn in der verneinten Frage V. von der „That" und ebenso in der bejahten Frage VI. von einer „That" die Rede sei; so sei eben unter der „That" der Frage V. das vollendete, unter der „That" der Frage VI. das versuchte Verbrechen zu verstehen.

Wenn endlich, gegen die selbstständige Beurtheilung der Fragen V. und VI. und deren gänzliche Trennung von den Fragen I. bis IV. eingewendet werden wollte, daß ja auch die Fragen I. und III. in ihrem Eingange der Verabredung des Seifert und Kühner mit Leibfried gedachten, sich mithin auch auf Leibfried bezögen, so sei entgegenzuhalten, daß die Fragen I. und III. des Leibfried eben nur als Theilnehmer an der Verabredung erwähnten, daß also durch ihre Bejahung hinsichtlich des Leibfried auch nur dessen Theilnahme an der Verabredung angenommen sei, wie dies durch Bejahung der Frage VI. geschehen, und daß damit die Verneinung der sich auf die Theilnahme an der vollendeten That bezeichnenden Frage V. nicht in Widerspruch trete.

Ueber die zweite Nichtigkeitsbeschwerde äußerte sich die Staatsbehörde in folgender Weise:

Diese Beschwerde gründe sich darauf, daß die zum Nachtheile Leibfrieds bejahte Frage VI. Alternativen in sich fasse. Bezüglich alternativer Fragen begegne man in der Literatur über das schwurgerichtliche Verfahren gewissermaaßen einem Widerstreite zwischen Theorie und Praxis. Vom theoretischen Standpunkte würden alternative Fragen an die Geschworenen vielfach für durchaus unzulässig erachtet. Mittermaier, Arnold, Trébutien sprächen sich in diesem Sinne aus. Kassationshöfe z. B. die von Paris und München hätten alternative Fragen dann, wenn das Dasein einer jeden einzelnen der Alternativen die Anwendung derselben gesetzlichen Strafe oder bei relativ unbestimmten Strafen die Anwendung desselben Strafrahmen begründe, zugelassen. Alternative Fragen seien häufig den Interessen des Angeklagten in keiner Weise gefährlich, zur Abkürzung der Sache dienlich, sie seien hie und da nothwendig. Letzteres sei namentlich dann der Fall, wenn man wohl die feste Ueberzeugung hegen könne, daß das fragliche Verbrechen von einem Angeklagten verübt worden sei, wenn man aber wegen unsicherer Kenntniß über die Einzelheiten der That nicht wisse, welche einzelne der im Gesetze alternativ bedrohten Begehungsarten eingetreten sei. Es könne z. B. die Ueberzeugung feststehen, daß Jemand einen Raub oder einen Diebstahl gemeinsam mit Andern unternommen habe, es könne aber ganz im Unklaren sein, ob er es gerade gewesen, der von den geraubten oder gestohlenen Sachen Besitz ergriffen habe, oder ob er in Folge der mit den Andern gepflogenen Verabredung zur Gesammtthat in der einen oder andern Weise mitgewirkt habe, oder endlich, ob er sich etwa nur in Folge jener Verabredung durch seine Gegenwart bei der Ausführung zur Mitwirkung bereit gezeigt habe. (St.G.B. §. 125). Wolle man die alternativen Fragen durchaus verwerfen, so werde man hie und da gegen die allseitige Ueberzeugung und ohne Noth die Straflosigkeit begünstigen. Bekannter Dinge gebe es zwei Systeme der Fragestellung. Dem einen zufolge (welches das Princip, daß die Geschworenen nur Richter der Thatsachen seien, streng durchführe) frage man die Geschworenen schlechthin, ob eine bestimmte, dem Angeklagten zur Last gelegte, Thatsache erwiesen sei oder nicht und überlasse die Prüfung der Frage, ob diese Thatsache unter das Strafgesetz falle, schlechthin dem Richter. Nach dem andern Systeme frage man die Geschworenen, ob sich der Angeklagte der vom Gesetze bedrohten Handlungsweise schuldig gemacht habe. Folge man diesem letzteren Systeme, so fasse man die Fragen häufig so, daß man nach der Einleitung „Ist der Angeklagte schuldig" schlechthin den vom Gesetze normirten Begriff des betreffenden Verbrechens in die Frage aufnehme. Bei solcher Gestaltung der Fragen müsse es aber auch gestattet sein, der von dem Gesetze alternativ, aber gleichmäßig bedrohten Begehungsarten eines Verbrechens in der Frage alternativ zu gedenken. Werde die Frage

Digitized by Google

allgemeinhin bejaht, so sei eben damit die Anwendbarkeit des Strafgesetzes auf den betr. Angeklagten ausgesprochen. Frage man in der dem vielfach empfohlenen englischen Systeme entsprechenden Weise, ob der Angeklagte des ihm zur Last gelegten Verbrechens (z. B. des Raubes) schuldig sei; so verweise man bei Verbrechen, deren Begriff das Gesetz alternativ bestimme, die Geschworenen ebenfalls auf Alternativen. Aus dem Vorgetragenen ergebe sich, daß alternative Fragen nicht schon deßhalb, weil sie alternativ gefaßt seien, für unzulässig gehalten werden können, daß vielmehr eine solche Unzulässigkeit nur dann vorhanden sei, wenn bei einfacher Bejahung der betreffenden Frage eine in Bezug auf die Anwendung des Strafgesetzes erhebliche Ungewißheit über die wahre Willensmeinung des Wahrspruchs entstehe. Ob die Annahme der einen oder der andern Alternative etwa auf die Strafausmessung von Einfluß sei, komme hier nicht in Betracht, da die Strafausmessung innerhalb eines gewissen Strafrahmens überhaupt nicht in den Kreis der Thätigkeit der Geschworenen falle.

Nach diesen Ausführungen durchging die Staatsbehörde die angefochtene Frage VI. in ihren einzelnen Theilen, und suchte darzuthun, daß die in dieselbe aufgenommenen zahlreichen Alternativen nicht so beschaffen seien, daß aus deren Dasein die Unzulässigkeit der Frage, beziehungsweise die Unzulänglichkeit der einfachen Bejahung abgeleitet werden könne.

Ferner bemerkte die Staatsbehörde, man sei bei dem Vorliegen der einfachen Bejahung zu der Annahme berechtigt, daß mindestens eine Alternative die gesetzliche Mehrheit für sich gewonnen habe, und dies genüge zur Anwendung des Strafgesetzes.

Endlich führte die Staatsbehörde aus, unter allen Umständen müsse die Thatsache, daß Leibfried eine verbrecherische Verbindung (Str.G.B. §. 125) zur Münzfälschung eingegangen habe, als durch den Wahrspruch festgestellt angesehen werden. Hiernach aber sei gemäß Str.G.B. §. 128 Leibfried's Verurtheilung für gerechtfertigt zu erachten.

Der höchste Gerichtshof verwarf durch Erkenntniß vom 31. Januar d. J. die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet.

Die Entscheidungsgründe besagen, nachdem sie dargelegt haben, daß die Nichtigkeitsbeschwerde aus der Voraussetzung von Widersprüchen zwischen den Antworten zu Frage I. und III. einerseits, und der Antwort zu Frage VI. andererseits Folgerungen zu Gunsten Leibfried's ableite, Folgendes:

„Die aus dieser Voraussetzung abgeleiteten Folgen sind jedoch schon darum ohne Erheblichkeit, weil die Verurtheilung des Leibfried wegen nicht beendigten Versuchs der Münzfälschung selbst dann gerechtfertigt bleibt, wenn man die Ausführung der That weder als angefangen noch als vollendet betrachtet, somit die Frage ganz bei Seite läßt, ob nach Lage der Sache nicht bezüglich aller drei Angeklagten mindestens der Anfang der Ausführung als festgestellt oder die Ausführung als gar nicht angefangen zu erachten sei."

„Durch die Antwort der Geschworenen zu den Fragen I. III. und VI. ist nemlich jedenfalls soviel festgestellt, daß zwischen den Angeklagten eine verbrecherische Verbindung zur Ausführung des gemeinschaftlich bezweckten Verbrechens der Münzfälschung im Sinne des §. 125 des Str.G.B. stattgefunden hat; denn bezüglich dieser Thatsache herrscht überall kein Widerspruch, sondern eine volle Uebereinstimmung zwischen jenen Antworten. Nun bildet aber schon die Eingehung einer solchen verbrecherischen Verbindung das Verbrechen des nicht beendigten Versuchs, selbst wenn keine Handlung nachgefolgt ist, welche einen Anfang der Ausführung enthält (Str.G.B. §. 128), und das Urtheil des Schwurgerichtshofs hat den Leibfried nur des nicht beendigten Versuchs für schuldig erklärt. Es kann also, um dieses Urtheil als gerechtfertigt zu erkennen, nicht darauf ankommen, ob der Verabredung eine Vollendung oder ein Versuch nachgefolgt ist, und folgeweise auch nicht — was Gegenstand der zweiten Beschwerde ist — ob die Frage bezüglich der Mitwirkung des Angeklagten bei der Ausführung oder dem Versuche richtig oder bestimmt gefaßt worden ist oder nicht. — Auch gehören die Strafausmessungsgründe nicht in den Bereich der an die Geschworenen zu stellenden Fragen."

Unter den Punkten, welche sich in dem eben dargestellten Rechtsfalle der Beurtheilung bieten, ist zweifelsohne der der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit alternativer Fragen an die Geschworenen, der gewichtigste. Bei dem häufig hervortretenden praktischen Bedürfnisse, solche Fragen zu stellen, glaubt der Verfasser dieses Aufsatzes diejenigen Aussprüche der Wissenschaft und Praxis über den fraglichen Gegenstand, die er zu sammeln Gelegenheit hatte, hier mittheilen zu dürfen.

Digitized by Google

Hervorzuheben ist, bevor zu solchen Mittheilungen übergegangen wird, daß sich die Gesetzgebung weder in Frankreich noch in Deutschland über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit alternativer Fragen ausdrücklich erklärt hat, daß jedoch einige deutsche Gesetzgebungen die Vorschrift enthalten, es müsse sich eine jede an die Geschworenen zu richtende Frage mit Ja oder Nein beantworten lassen.

Vrgl. Brauer die deutschen Schwurgerichtsgesetze Aschn. **XXVIII.** S. 189 und ff.

Mittermaier äußert sich in seiner Schrift „die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, Erlangen 1856" bezüglich der französischen Ansichten über die vorliegende Frage in folgender Weise. Er sagt (S. 531): „Eine Auflösung der Frage in verschiedene Fragen wird als nothwendig erkannt, so oft durch Unterlassung derselben zu besorgen ist, daß sich eine scheinbare Stimmenmehrheit bilde, während in der Wirklichkeit eigentlich eine Vereinigung verschiedener Minderheiten vorhanden ist, daher wird die Stellung alternativer Fragen als unzulässig betrachtet: nämlich wenn in der Frage verschiedene Begehungsarten des Verbrechens aufgenommen werden, weil dann leicht nur zwei Minderheiten täuschend zusammengezählt werden, von welchen die Einen eine Art der Verübung annehmen, die die Andern verwerfen, während sie eine andere Verübungsart als vorhanden betrachten." In einer Note fügt Mittermaier bei: „Nach den Rechtssprüchen gestattet der Cassationshof eine Frage unter einer alternativen Form nur, wenn diese Form selbst im Gesetze ausgedrückt ist (z. B. bei Entführung, Code pén. Art. 354) oder wenn jede der zwei Alternativen die nemliche Strafe nach sich zieht."

Trébutien (Cours élémentaire de droit crimin.) Paris 1854 tome II. p. 420 und ff. stellt den Grundsatz auf: „Il doit être posé une question distincte pour chaque fait principal," leitet daraus die Unzulässigkeit der „questions cumulatives ou complexes, qui comprennent deux faits distincts ou deux circonstances distinctes d'un même fait," sowie die Unzulässigkeit der alternativen Fragen ab. Die letzteren erklärt er insbesondere auch um deßwillen für ungeeignet und gefährlich, weil wenn ein Theil der Geschworenen die eine, ein Theil die andere Alternative bejahe, eine aus zwei Minderheiten gebildete scheinbare Mehrheit vorliege und in dieser Weise ein dem wahren Willen der Mehrheit entgegengesetztes Ergebniß zu Tage treten könne. Trébutien bemerkt, indem er uns auf den Stand der Fragen in der französischen Praxis führt, weiter, man habe bezüglich der Zulässigkeit alternativer Fragen eine Unterscheidung eintreten lassen wollen, man sei nemlich zwar darüber außer Zweifel, daß z. B. nicht gefragt werden könne, ob Jemand auteur principal oder complice sei, wenn dieser Unterschied Einfluß auf die Beurtheilung der That des Betreffenden übe, aber man habe behauptet, alternative Fragen seien zulässig, wenn die einzelnen, alternativ aneinander gereihten Sätze nur verschiedene Begehungsarten desselben Verbrechens umfassen, deren jede die nemliche Strafe nach sich ziehe; von dieser Ansicht ausgehend habe man die Entscheidung gegeben, daß alle diejenigen verschiedenen Handlungen, welche das Gesetz (Code pén. Art. 60) unter der complicité begreife, in eine — alternative — Frage zusammengefaßt werden könnten, weil alle diese Handlungen mit der nemlichen Strafe bedroht seien, und daß ebenso die Frage, ob das betreffende Verbrechen vorläge, mit der, ob nur der Versuch (tentative) desselben vorhanden sei, vereinigt werden könne.

Trébutien tadelt diese Entscheidungen, indem er sich gegen jede Ausnahme von der Regel der Unzulässigkeit alternativer Fragen erklärt, und bemerkt zur Begründung seines Tadels, bei einer Frage des Inhalts: „L'accusé est-il coupable de complicité pour avoir donné des instructions pour commettre le crime, ou avoir procuré des instruments sachant qu'ils devaient servir à le commettre, ou avoir aidé ou assisté l'auteur dans les faits, qui ont consommé l'éxécution?" könne möglicherweise jede der drei Alternativen von vier Geschworenen bejaht, von acht Geschworenen verneint werden, und es würde dann die Frage in ihrer Vereinigung verschiedener Momente möglicherweise als einstimmig bejaht erscheinen, während, wenn sie in drei Theile zerlegt gewesen wäre, die Antwort eine Verneinung der einzelnen Theile, mithin auch des Ganzen in sich gefaßt hätte.

Die von Trébutien angegriffenen Entscheidungen sind Sprüche des französischen Cassationshofes. Sie beweisen entschieden, daß die französische Praxis der Lehre der unbedingten Unzulässigkeit alternativer Fragen nicht folgt.

Am 22. Juli 1847 sprach der gedachte Cassationshof aus, daß die Frage:

„Cet accusé est-il coupable de s'être rendu

Digitized by Google

complice de la soustraction frauduleuse (mentionnée dans les questions précédentes), soit pour avoir, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité et de pouvoir, machinations ou artifices coupables, provoqué l'action ou donné des instructions pour la commettre, soit pour avoir, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits, qui l'ont préparée ou facilitée, ou dans ceux, qui l'ont consommée, soit enfin pour avoir sciemment recélé tout ou partie des objets volés?

unzuläſſig geweſen, und daß das auf die Bejahung derſelben gegründete Strafurtheil aufzuheben ſei. Die Unzuläſſigkeit der mitgetheilten Frage wurde indeſſen den ſehr ausführlichen und gründlich bearbeiteten Entſcheidungsgründen zufolge nur daraus abgeleitet, daß eine Alternative der Frage (die letzte) auf das Vergehen des recélé gerichtet war, und daß dem Strafgeſetze nach die recéleurs (C. p. Art. 62. 63) unter Umſtänden C. p. Art. 63) nicht auf derſelben Stufe der Strafbarkeit ſtehen, wie die complices im eigentlichen Sinne des Wortes (C. p. Art. 59. 60). Dabei erklärt ſich der Caſſationshof über alternative Fragen im Allgemeinen in den Entſcheidungsgründen auf folgende Weiſe:

Attendu qu'aux termes des dispositions etc. chaque chef principal d'accusation, comme chacune des circonstances aggravantes qui s'y rattache, doit être soumis au jury par une question distincte, afin de le mettre à même de délibérer séparément et d'établir la majorité des voix d'après le scrutin secret et de formuler en conséquence sa réponse sur chacune des questions;

Attendu que cette obligation, imposée aux président des cours d'assises ne saurait être étendue aux divers faits constitutifs d'un crime, faits sur lequels le jury peut être interrogé par une seule question, lorsque l'existence de l'un de ses faits, pris isolément suffit pour caractériser le crime et justifier l'application de la peine envers celui qui en était accusé;

Attendu que les complices d'un crime étant punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime par l'art. 59 C. p., il suit de ce qui précede que les divers caractères de la complicité, tels qu'ils sont énumérés dans l'art. 60 de ce Code, peuvent être reunies dans une seule et même question principale sans qu'il soit nécessaire de consulter distinctement, et par une question séparée, le jury sur chacun des actes constitutifs de la complicité dont l'accusé pourrait s'être particulièrement rendu coupable; etc.

Es folgt nun die Ausführung, daß das recélé der complicité in der Strafbarkeit geſetzlich nicht gleichſtehe.

Sirey recueil 1847 I. 634. 859.

Am 9. Februar 1837 ſprach der franzöſiſche Caſſationshof aus, daß bei dem Inhalte des Art. 331 des Code pén., wonach das attentat à la pudeur consommé ou tenté mit reclusion beſtraft werde, eine alternative Frage an die Geſchworenen, ob das Verbrechen vollendet oder verſucht ſei (consommé ou tenté), für zuläſſig erachtet werde müſſe. Die Entſcheidungsgründe beſagen:

Vu l'art. 331, C. pén.

Attendu que cet article prévoit et punit une nature particulière de crime, qui n'est pas assujétie aux règles générales qui dominent les cas ordinaires de tentative;

Que, d'après le texte de cet article, la peine est prononcée par une seule et même disposition pour le cas où le crime aurait été consommé ou tenté;

Attendu, dès lors, qu'une question posée conformément à cette disposition, est régulière et légale, et ne présente d'ailleurs, aucune incertitude resultant de l'affirmative, puisqu'il s'agit d'un seul et même fait et d'une simple modification de ce fait, qui, aux yeux du legislateur et pour cette sorte de crime, devront constituer l'un et l'autre l'attentat prévu par l'art. 331 etc.

Sirey 1838. I. 902.

Ueber den Stand der Frage in Deutſchland äußert ſich Mittermaier a. a. O. S. 543 dahin: „Prüft man die deutſche Rechtsübung, ſo zeigt ſich, daß in Deutſchland mehr als in Frankreich wegen Stellung unzuläſſiger alternativer Fragen Nichtigkeit erkannt wird, weil hiebei leicht täuſchende Wahrſprüche herbei geführt werden können, indem in Bezug auf einzelne Begehungsarten die Geſchworenen uneinig ſind, und zuletzt (wenn ein ſchlauer, redefertiger oder zudringlicher Obmann die Berathung leitet), doch aus verſchiedenen Minderheiten eine ſog. Mehrheit gebildet wird."

In ähnlicher Weiſe erklärt ſich Mittermaier ge-

Digitized by Google

legentlich der Prüfung deutscher Fragestellungen im Gerichtssaale 1852. I. S. 407 und ff. II. S. 227 und ff. Er gedenkt an ersterer Stelle (I. S. 408), eines Spruches des Cassationshofes zu Berlin, durch welchen in einer Sache auf Nichtigkeit erkannt wurde, weil die Frage die Alternative „Aufreizung zur Bewaffnung gegen die königliche Gewalt oder Aufreizung zum Bürgerkriege" enthalten hatte. Das Nähere des betreffenden Falles theilt Mittermaier nicht mit.

In Goldtammer's Archiv für preußisches Strafrecht IV. S. 208. 209 finden wir die Entscheidungsgründe zu einem Urtheile des Obertribunals zu Berlin vom 20. Dezember 1855 (J. U. S. gegen Niermann) mitgetheilt, welche die Zulässigkeit einer alternativen Fragestellung der Erörterung unterwerfen. Wir lassen die betreffende Stelle hier folgen:

„In Erwägung, daß zu der aus §. 284 des St.G.B. gestellten Frage*) der Ausspruch es unbestimmt läßt, ob der Angeklagte die Sachen verwüstet, zerstört oder geplündert habe; daß jedoch jede dieser Alternativen mit der im §. 284 gedachten Zuchthausstrafe bedroht ist; daß zwar wenn ein Strafgesetz mehrere von einander wirklich verschiedene Thätigkeiten alternativ zusammenfaßt und mit derselben Strafe bedroht, z. B. der §. 34 No. 2 des St.G.B. alternativ von einer Anleitung zum Begehen der That und sodann von einer Hülfsleistung in den Handlungen, welche die That vorbereitet, erleichtert oder vollendet haben, redet, ein zur Anwendung der Strafe genügender Ausspruch nicht vorliegt, wenn nur alternativ die verschiedenen Thätigkeiten bejaht worden sind, in dem vorstehenden Beispiel also alternativ Anleitung oder Hülfsleistung festgestellt ist, weil nur eine bestimmte Aeußerung des strafbaren Willens Gegenstand der Bestrafung sein kann, da aber, wo eine solche bestimmte Thätigkeit nicht feststeht, es zur Anwendung des Strafgesetzes an der erforderlichen thatsächlichen Unterlage fehlt, und nicht gerechtfertigt werden kann, auf einen Fall, wo ein Theil der Richter die eine, ein anderer Theil die andere mit gleicher Strafe bedrohte Thätigkeit als vorhanden annimmt, diese von einander verschiedenen Stimmen zusammenzurechnen; daß aber wo eine und dieselbe, im Strafgesetze ins Auge gefaßte Thatäußerung in demselben alternativ in verschiedene Beziehung auf den Erfolg gesetzt ist, in der Art, daß das Strafgesetz zu seiner Anwendung alternativ die eine oder die andere von diesen Beziehungen erfordert, es genügt, alternativ eine von diesen Beziehungen festzustellen, weil die Auffassung dieser Beziehungen bei den Richtern der That subjectiv verschieden sein kann, ohne daß darum der Eine eine andere That als der Andere bestrafen will, daß also, wenn in dem obigen Beispiel von einer hülfsleistenden Handlung die Rede ist, die Richter der That aber diese Hülfsleistung darin verschieden auffassen, daß nach der einen Auffassung sie die That vorbereitet, nach der andern erleichtert, nach der dritten vollendet hat, es ganz richtig ist, diese Auffassungen nicht von einander zu trennen, und daher auf die Feststellung, daß der Angeklagte dem Thäter in den Handlungen, welche die That vorbreitet oder erleichtert oder vollendet haben, wissentlich Hülfe geleistet habe, die auf die Theilnahme verordnete Strafe anzuwenden;

in Erwägung, daß im §. 284 der gewaltsame Angriff der zusammengerotteten Menge auf Sachen eines Anderen die vom Strafgesetze ins Auge gefaßte Thätigkeit ist, welche mit der in demselben angedrohten Strafe alsdann bestraft werden soll, wenn der Erfolg derselben ein solcher gewesen ist, daß darin ein Plündern oder ein Verwüsten oder ein Zerstören vorliege, nicht aber wenn darin nur ein Beschädigen gefunden werden muß; daß also wohl die Auffassung, daß nur ein gewöhnliches Beschädigen, nicht aber eine Verschiedenheit in der Auffassung, ob ein Plündern, ein Verwüsten oder ein Zerstören vorliege, die Anwendung der in diesem Strafgesetze verordneten Strafe auf die eine verbrecherische Handlung ausschließt, daß also die in dieser Beziehung erfolgte alternative thatsächliche Feststellung genügt."

(Schluß folgt.)

*) Der §. 284 des preußischen St.G.B. lautet: Wenn sich mehrere Personen zusammenrotten und bewegliche oder unbewegliche Sachen eines Andern plündern, verwüsten oder zerstören, so werden dieselben mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bestraft; zugleich kann auf Stellung unter Polizei-Aufsicht erkannt werden.

In der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** sind nachfolgende Bücher zu den beigesetzten Preisen zu haben:

Stein, System der Staatswissenschaft. 2. Bd. 8°. Stuttgart und Augsburg 1856. Preis fl. 4.

Marcadé, V. Abriß des französischen Civilrechts, übersetzt von A. Pfaff, großh. Referendär in Heidelberg. 1. Bd. 8°. Heidelberg 1857. Preis fl. 3.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmitzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 24.**

I.

Zur Lehre von der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren.

(Schluß.)

An einer andern Stelle von Goldtammer's erwähntem Archive (Bd. IV. S. 536) findet sich unter der Ueberschrift „Mittheilungen aus den Schwurgerichtsverhandlungen" folgende interessante Bemerkung.

„Ueber die Aufnahme von Alternativen in die Frage bemerkt der Bericht eines Schwurgerichtsvorsitzenden:

Nachdem das Obertribunal unter Umständen die Zulässigkeit der Aufnahme solcher Alternativen anerkannt habe, sei es entschieden zweckmäßiger, der Regel nach die sämmtlichen aus der Verhandlung sich ergebenden Alternativen in die Frage aufzunehmen. Denn der Fall liege sehr häufig auf der Grenze mehrerer Alternativen, und wenn dies auch vielleicht in der Wirklichkeit nicht der Fall sei, so sei es doch wenigstens oft in der Meinung einer großen Zahl von Geschworenen, welche nicht so scharf zu denken gewohnt seien, der Fall; man erleichtere daher den Geschworenen die Antwort und schneide Skrupel und unnütze Debatten bei ihren Berathungen ab, wenn man ihnen gestatte, sich innerhalb der gesetzlichen Alternativen zu bewegen. Der Vorsitzende müsse nur, um Mißverständnissen vorzubeugen, sie ausdrücklich über die Bedeutung der Alternativen belehren, damit sie nicht meinen, die Alternativen müßten kumulirt werden, um die Frage bejahen zu können. Ein solches Mißverständniß habe in der That in einem besonderen Falle vorgelegen, und zu längeren Erörterungen unter den Geschworenen Veranlassung gegeben."

„Derselbe Vorsitzende erörtert dabei die Frage, wie die Stimmen der Geschworenen zu zählen seien, wenn solche Alternativen in die Fragen aufgenommen werden. Er hält es für unbedenklich, daß wenn z. B. bei der Frage über die Hülfsleistung (§. 34 No. 2 des St.G.B.) 4 Geschworene annähmen, daß bei den Handlungen, welche die That vorbereitet, 4 Geschworene dagegen annähmen, daß bei den Handlungen, welche die That erleichtert und endlich 4 Geschworene, daß bei den Handlungen, welche die That vollendet haben, Hülfe geleistet sei, alsdann Einstimmigkeit für die Hülfsleistung überhaupt vorhanden sei, denn, wenn für eine dieser mehreren Alternativen eine Majorität von mehr als 7 Stimmen nöthig wäre, dann würde daraus eben folgen, daß die Aufnahme solcher Alternativen in die Frage überhaupt unzulässig sei. Jeder einzelne Geschworene brauche sich gar nicht einmal bei der Berathung darüber bestimmt zu entscheiden oder auszusprechen, ob die eine oder die andere Alternative vorliege: es genüge, wenn er nur jedenfalls die eine oder die andere als vorhanden annehme. Diese Stimmzählung sei daher die nothwendige Consequenz der Zulässigkeit solcher Alternativen in den Fragen.

Das Appellationsgericht erklärt sich ausdrücklich hiermit einverstanden."

Arnold berichtet im Gerichtssaale 1855 I. S. 217, vom obersten Gerichtshofe zu München seien Verdicte, welche auf alternative Fragen allgemeine Bejahung ausgesprochen hätten, deßhalb nicht vernichtet worden, weil doch immer feststehe, daß das Verbrechen begangen worden sei; in einem Falle sei wegen höchsten Grades des Raubes die Frage gestellt worden, ob durch die Handlung der Angegriffene getödtet worden sei, oder bei nicht erfolgtem Tode in Lebensgefahr versetzt, oder lebensgefährlich verwundet, oder verstümmelt worden wäre, oder einen unheilbaren, bleibenden Nachtheil an seiner Gesundheit erlitten hätte. Arnold tadelt aus den dem Obigen zufolge von Mittermaier hervorgehobenen Gründen diese Fragestellung.

Digitized by Google

Der Cassationshof zu Darmstadt gab mehrfach Entscheidungen, in welchen er sich den oben dargelegten Ansichten des französischen Cassationshof anschloß. Er entschied, „daß, falls eine Antwort zweifelhaft lasse, welcher Alternative (z. B. der physischen oder der intellectuellen Urheberschaft) der Angeklagte schuldig sei, die Antwort darum nicht für dunkel oder in sich widersprechend zu erachten sei, vielmehr der Assisenhof mit Recht die gesetzliche Strafe verhänge, sobald jede Alternative ein und dasselbe Verbrechen betreffe und die eine, wie die andere, die gleiche Strafe nach sich ziehe." Emmerling, Entscheidungen des Cassationshofes zu Darmstadt Jahrg. 1855. S. 114. Hiermit übereinstimmend erklärte derselbe Cassationshof bezüglich eines andern Falles, „daß, wenn auch die allgemeine Bejahung einer auf mehrere Alternativen gerichteten Frage allerdings alsdann als genügend erscheine und keiner Dunkelheit Raum gebe, sobald jede der Alternativen den gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens, worauf die Anklage gerichtet sei, zureichend bilde; — doch eine solche allgemeine Bejahung dann die Frage der Schuld in wesentlicher Ungewißheit lasse, wann jede der Alternativen ein anderes Verbrechen, oder wenn eine derselben gar eine von dem Gesetze nicht strafbare Handlung umfasse, und daß daher in Fällen der letztern Art die allgemeine Bejahung für dunkel zu erachten und die Geschworenen zu einer bestimmten Erklärung aufzufordern seien." Emmerling a. a. O. S. 155.

In Baden ist noch kein Erkenntniß des höchsten Gerichtshofes über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit alternativer Fragen ergangen. Indessen bedient man sich daselbst bei den schwurgerichtlichen Verhandlungen dieser Fragen sehr häufig.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Rechtsübung, wie in Frankreich, so auch in Deutschland dem Principe der unbedingten Unzulässigkeit alternativer Fragen in keiner Weise huldigt.

Es wird auch dieser, vom Bedürfnisse geleiteten Rechtsübung, der kein Gesetz entgegensteht, Beifall zu geben und werden demgemäß alternative Fragen zuzulassen sein.

Daß diese Zulassung indessen keine unbedingte sein kann, daß insbesondere solche Fragen nicht gestellt werden dürfen, deren einfache Bejahung eine für die Beurtheilung der Sache erhebliche Ungewißheit zur Folge hat, liegt in der Natur der Sache.

Eine vorsichtige, sorgsame nach den Gesetzen des Denkens im steten Hinblicke auf die Strafgesetze zu bewirkende Prüfung wird im einzelnen Falle Sicherheit für die Zulässigkeit der alternativen Frage, sowie für deren richtige Fassung schaffen müssen. Erschöpfende positive Regeln über die Bedingungen der Zulässigkeit alternativer Fragen überhaupt dürften schwer zu geben sein. Anhaltspunkte allgemeinerer Art können indessen in einigen — auch den mitgetheilten Sprüchen der Cassationshöfe zu Paris, München und Darmstadt zu Grunde liegenden — negativen Sätzen gefunden werden. Als solche Sätze stellen sich namentlich die Regeln dar, daß Fragen, deren verschiedene Alternativen dem Strafgesetze nach verschiedene Folgen nach sich ziehen, den Geschworenen nicht vorzulegen sind, und daß ebensowenig Fragen, deren einzelne Alternativen verschiedene Verbrechen (d. h. verschiedene verbrecherische Thaten) in sich fassen, an die Geschworenen gestellt werden dürfen.

Roßhirt.

II.

Beispiel für Fragestellung wegen Beihilfe zu einer mit Vorbedacht verübten Tödtung, wenn der Wahrspruch über den Vorsatz des Urhebers und über das Verhältniß der Meinung oder Absicht des Gehilfen zu dem eingetretenen Erfolg zu entscheiden hat.

Christian Weiß von Sennfeld, der mit Vorbedacht verübten Tödtung des Waldhüters Dietrich von dort beschuldigt und angeklagt, mit dem bestimmten Vorsatze, diesen zu tödten, gehandelt zu haben, hatte während der Untersuchung geläugnet, daß er der Urheber der Gewaltthat sei, welche als wirkende Ursache den Tod des Dietrich herbeigeführt hatte, nach Zustellung der Anklageschrift aber sich als Urheber, und daß er mit Vorbedacht gehandelt habe, bekannt, jedoch beschränkend behauptet, seine Absicht sei nur auf Mißhandlung oder Körperverletzung, keineswegs aber auf Tödtung des Dietrich gerichtet gewesen.

In der Schwurgerichtsverhandlung fand die Vertheidigung ihre Hauptaufgabe in der Ausführung der Gründe für die Glaubwürdigkeit jener Beschränkung, wogegen die

Digitized by Google

Staatsbehörde den bestimmten Vorsatz zu tödten, aus den Umständen des Falls und aus Aeußerungen, beziehungsweise aus dem Benehmen des Angeklagten vor und nach der That nachzuweißen sich bestrebte und für den Fall, daß die Geschworenen diesen bestimmten Vorsatz nicht annehmen sollten, mit aller Entschiedenheit gegen die Glaubwürdigkeit jener Beschränkung des Geständnisses sich aussprach, indem sie ausführte, der unbestimmte Vorsatz, zu tödten oder eine Körperverletzung zuzufügen, sei das Aeußerste, was zu Gunsten des Angeklagten angenommen werden könnte.

Hierdurch war bezüglich des Urhebers dem Wahrspruch anheimzugeben, ob

1) die Tödtung Jenem zum bestimmten Vorsatz zuzurechnen sei, §. 205 St.G.B.,

oder:

2) nur zum unbestimmten Vorsatz, §§. 98. 206 Str G.B.,

oder ob:

3) gar nur die Merkmale einer fahrläßigen, durch vorsätzliche und vorbedachte Körperverletzung verursachten Tödtung vorliegen. §. 212 Str G.B.

Deßhalb wurden folgende Fragen gestellt:

Erste Frage:

Ist der Angeklagte Johann Christian Weiß von Sennfeld schuldig, in der Nacht vom 25. auf den 26. November 1856 mit Vorbedacht, und zwar mit dem bestimmten Vorsatze, den Waldhüter Georg Friedrich Andreas Dietrich von Sennfeld zu tödten, in rechtswidriger Weise Handlungen verübt zu haben, durch welche der Tod des Dietrich verursacht wurde?

(Diese Frage wurde verneint.)

Zweite Frage:

(Für den Fall der Verneinung der ersten Frage.)

Ist der Angeklagte Johann Christian Weiß von Sennfeld schuldig, in der Nacht vom 25. auf den 26 November 1856 mit Vorbedacht, aber nur mit dem unbestimmten Vorsatz, den Waldhüter Dietrich von dort zu mißhandeln oder an seinem Körper oder an seiner Gesundheit zu beschädigen oder zu tödten, in rechtswidriger Weise Handlungen verübt zu haben, durch welche der Tod des Dietrich verursacht wurde?

(Auch diese Frage wurde verneint.)

Dritte Frage:

(Für den Fall der Verneinung der ersten und der zweiten Frage.)

Ist der Angeklagte Johann Christian Weiß von Sennfeld schuldig, in der Nacht vom 25. auf den 26. November 1856 dem Waldhüter Dietrich von dort mit Vorbedacht, in der Absicht, denselben zu mißhandeln oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit zu beschädigen, vorsätzlich Verletzungen beigebracht zu haben, welche als wirkende Ursache dessen Tod herbeigeführt haben?

(Diese Frage wurde bejaht.)

Vierte Frage:

(Für den Fall der Bejahung der dritten Frage.)

War die in der dritten Frage bezeichnete Handlung des Angeklagten Johann Christian Weiß von Sennfeld von der Art, daß der Tod des Waldhüters Dietrich von dem Angeklagten Weiß als sehr wahrscheinliche Folge seiner Handlung vorausgesehen werden konnte?

(Diese Frage wurde auch bejaht.)

Der Gerichtshof hatte sich auf dieselbe beschränkt, da bei der Bestimmtheit des gerichtsärztlichen Gutachtens und nach der Beschaffenheit des Falles eventuelle Fragen nach den unter Ziff. 2 und 3 des §. 212 des Str.G.B. bezeichneten minderen Graden der Möglichkeit der Voraussicht hier ausnahmsweise überflüssig schienen.

Nun war auch der Stiefvater des als Urheber der Tödtung Angeklagten, nämlich Mathias Diehm, der Beihilfe zu dieser Tödtung angeklagt, und sein Vertheidiger machte in rechtlicher Beziehung geltend, derselbe habe jedenfalls keine Ahnung von einem tödtlichen Erfolge und keinenfalls die Absicht gehabt, auf einen solchen Erfolg hinzuwirken; wenn demselben überhaupt eine Beihilfshandlung nachgewiesen sei, so könne solche nur als Beihilfe zur Mißhandlung oder äußersten Körperverletzung aufgefaßt werden.

Bei der Fragestellung bezüglich des Gehilfen mußte sonach auf die 3 Eventualitäten Bedacht genommen werden, welche bei Beurtheilung der Absicht des Urhebers gegenüber dem tödtlichen Erfolge eintreten konnten, dann aber auch auf die Möglichkeit, daß die Geschworenen annehmen, die Meinung und Absicht des Gehilfen sei nicht auf das schwere Verbrechen, welches der Urheber vollbrachte, gerichtet gewesen. §. 138 Str.G.B.

Diese Aufgabe bei der Fragestellung suchte der Schwurgerichtshof in folgender Weise zu lösen:

Fünfte Frage.

(Für den Fall der Bejahung der ersten Frage.)

Ist der Angeklagte Mathias Diehm von Sennfeld schuldig, die in der ersten Frage beschriebene That des Christian Weiß durch Rath, Belehrung oder Anzeige

Digitized by Google

der Gelegenheit wissentlich erleichtert oder befördert zu haben?

(Wurde verneint.)

Sechste Frage.

(Für den Fall der Bejahung der zweiten.)

Ist der Angeklagte Mathias Diehm von Sennfeld schuldig, die in der zweitrn Frage beschriebene That des Christian Weiß durch Rath, Belehrung oder Anzeige von Gelegenheit wissentlich erleichtert oder befördert zu haben?

(Wurde auch verneint.)

Siebente Frage.

(Für den Fall der Verneinung der fünften und sechsten.)

Ist der Angeklagte Mathias Diehm von Sennfeld schuldig, in der Meinung, daß Johann Christian Weiß in der Nacht vom 25. auf den 26. November 1856 den Waldhüter Dietrich mit Vorbedacht mißhandeln oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit beschädigen werde, diese That durch Rath, Belehrung oder Anzeige von Gelegenheit unter Umständen wissentlich erleichtert oder befördert zu haben, daß er den eingetretenen tödtlichen Erfolg nach allgemeiner Erfahrung bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit als sehr wahrscheinliche Folge der Handlungsweise des Johann Christian Weiß vorhersehen konnte?

(Wurde verneint.)

Diese Frage hätte wohl auch mit den, bezüglich des Urhebers gestellten Fragen in Verbindung gesetzt werden sollen. Sie konnte nämlich möglicherweise ebensowohl dann zur Beantwortung kommen, wenn die Frage I. oder die Frage II. bejaht worden wäre, die Geschworenen aber die Frage V. und VI. demungeachtet verneint, indem sie angenommen hätten, die Beihülfe sei nicht für das schwerere Verbrechen der Tödtung, sondern nur für das leichtere der Körperverletzung berechnet gewesen, als sie im Falle der (durch Verneinung der vorhergehenden Fragen bedingten) Bejahung der III. Frage beantwortet werden mußte. Sie würde also vielleicht richtiger „für den Fall der Bejahung der I. oder der II. oder der III. und IV. und der Verneinung der V. und VI Frage" zur Beantwortung auszusetzen gewesen sein.

Achte Frage.

(Für den Fall der Verneinung der siebenten.)

Ist der Angeklagte Mathias Diehm von Sennfeld schuldig, in der Meinung, daß ꝛc. (wie oben in der siebenten Frage) — — oder befördert zu haben, daß er den eingetretenen tödtlichen Erfolg nach allgemeiner Erfahrung bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit weder als sehr wahrscheinliche, noch als sehr unwahrscheinliche Folge der Handlungsweise des Johann Christian Weiß vorhersehen konnte?

(Wurde bejaht.) Stf.

III.

Wirkt das uneingetragene Vorzugs- oder Pfandrecht gegen den dritten Besitzer der Liegenschaft, dessen Erwerbtitel nicht in das Grundbuch eingetragen ist?

In No. 2. S. 16 der dießjährigen Annalen ist bezüglich des Vorzugsrechts des Miterben ein Aufsatz mitgetheilt, welcher eine Bejahung dieser Frage zu unterstellen scheint, und jedenfalls zu dieser Bejahung führt, da dort von der Geltendmachung der Vorzugsforderung gegen den nicht transscribirten Eigenthümer gesprochen wird, ohne deren Inscription als nothwendig dabei zu erwähnen, während unmittelbar vorher von der Wirkung der uneingetragenen Vorzugsforderung die Rede war, so daß also jene Geltendmachung nicht nur als den inscribirten Vorzugsforderungen, welchen sie ohne Zweifel zukommt, sondern auch als den nicht eingetragenen Vorzugsforderungen beigelegt angesehen werden muß.

Sollte der geehrte Herr Verfasser dabei eine Inscription der Vorzugsforderung vorausgesetzt, und ich ihn somit irrthümlich als Anhänger der entgegengesetzten Ansicht betrachtet haben, so wird die nachstehende Erörterung doch immerhin in der nicht ganz leichten und sehr praktischen Frage selbst einen Gegenstand behalten. Bekk, dingliche Rechte an Liegenschaften S. 192 hat sich hierüber dahin ausgesprochen:

„Hat der neue Erwerber seinen Titel noch nicht in das Grundbuch eintragen lassen, so kann der Gläubiger sein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht bis zur Transscription immer noch eintragen lassen. Thut er dieß nicht, so kann er den neuen Erwerber, obgleich dieser seinen neuen Erwerb noch nicht transscribiren ließ, nicht belangen; denn auch vor der Transscription ist der Letztere denn doch immer ein dritter Besitzer (d. h. ein neuer Eigenthümer, der nicht der Hauptschuldner selbst ist) und

Digitized by Google

gegen solche hat das uneingetragene Vorrecht gar keine Wirkung."

Meines Erachtens verdient nun auch die Bekk'sche Ansicht den Vorzug. Jener Aufsatz beruft sich zwar auf Brauer, Erläuterungen Bd. IV. zu L.R.S. 2113 lit. β, sowie auf L.R.S. 2218a Z. 4 und L.R.S. 1583a mit §. 25 II. Einf.-Ed., allein der Erstere spricht nur von dem Verhältniß der concurrirenden Gläubiger, daß nemlich ungeachtet des Mangels jeden Eintrags das Vorrecht doch in der IV. Klasse den Chirographar-Gläubigern vorgehen soll. Damit ist also nur soviel gesagt, daß, wenn verschiedene Personen, die kraft ihrer Forderung an sich Gläubiger des Liegenschaftsbesitzers sind, mit einander auf den Erlös der Liegenschaften greifen, der uneingetragene Vorrechts-Gläubiger noch einen gewissen Vorzug genießt, woraus aber nicht folgt, daß man durch uneingetragenes Vorrecht ein Gläubiger des dritten Besitzers wird. Ebenso ist aus L.R.S. 2218a und aus Brauer's Bemerkungen zu dieser Gesetzesstelle zu entnehmen, daß es sich dort lediglich um die Rangordnung der Gläubiger unter einander handelt, also natürlich vorausgesetzt wird, daß sie wirklich Gläubiger sind.

So allgemein auch der Grundbucheintrag als Bedingung der Wirksamkeit des Eigenthumserwerbs in L.R.S. 1583a und II. Einf. Ed. §. 25 bezeichnet ist, so folgt daraus doch nicht, daß vor der Transscription ein Eigenthumsübergang ganz bedeutungslos sei, und geradezu ignorirt werden dürfe, wie die Möglichkeit der Ersitzung durch 30jährigen Zeitablauf (L.R.S. 2262), der Erwerb der Früchte (L.R.S. 1155a. 549), ferner Besitzklagen und die Befugnisse gegenüber dem Verkäufer oder sonstigen Rechtsvorfahren zur Genüge zeigen. Dessenungeachtet pflegt man in der Praxis häufig ganz einfach die gegen den Schuldner anhängige Vollstreckung auch auf die ihm früher gehörigen, im Besitze Dritter befindlichen, aber noch nicht auf deren Namen transscribirten Liegenschaften auszudehnen, indessen ist dieß eben nur ein Durchhauen des Knotens, welches scheitert, wenn der Gemeinderath die Gewähr versagt (Pr.O. §. 1027), und welches doch immerhin auf gewissen besonderen Voraussetzungen beruht, nemlich auf dem Vorhandensein eines vollzugsreifen Urtheils, fortdauernder Zuständigkeit des Gerichts, Eintrag auf des Schuldners Namen u. A. m. Ganz verschieden davon ist die Behauptung, daß der nichtinscribirte Vorrechtsgläubiger ohne jene thatsächlichen Verhältnisse kraft eigenen Rechtes auf die im Besitze des Dritten befindliche Liegenschaft greifen darf, weil und so lang sie nicht auf diesen in das Grundbuch eingetragen ist, mit andern Worten, daß er ohne Inscription die Pfandklage anstellen dürfe. Dem steht L.R.S. 2113 entgegen, welcher, obwohl für die Concurrenz der Gläubiger durch L.R.S. 2218a Z. 4 abgeändert, doch im Uebrigen fortbesteht, und namentlich noch in der Richtung Anwendung findet, daß gegenüber dem dritten Besitzer (d. h. dem, welcher nicht selbst Schuldner oder nicht zugleich allgemeiner Rechtsnachfolger des früheren Eigenthümers ist), die der Eintragung bedürfenden, aber nicht eingetragenen Vorzugsrechte nur von dem Tage der nach L.R.S. 1583a allerdings bis zur Transscription zulässigen Nachholung der Inscription an Pfandrecht verleihen, also vorher wirkungslos sind. Damit steht selbst L.R.S. 1583a und II. Einf.-Ed. §. 25 im Einklange, da der erstere nur die nachkommenden „Pfandeintragungen" und der letztere nur die nachkommenden „Pfandverschreibungen" als gegen den neuen, nicht transscribirten Eigenthümer gültig erklärt, was etwas ganz Anderes ist, als wenn man alle im Verhältniß zu dem vorigen Eigenthümer bestandenen Vorrechte auch ohne Inscription bis zum Tage der Transscription fortwirken läßt.

Natürlich darf der Gläubiger bis zur Transscription seine Inscription nachholen und kann alsdann, sofern nicht die 30jährige Verjährung (L.R.S. 2180) vollendet ist, die Pfandklage anstellen, aber ehe diese Nachholung geschehen ist, hat er diese Befugniß nicht. Es kann auf den ersten Blick scheinen, als sei dieß praktisch gleichbedeutend damit, wenn man dem Gläubiger auch ohne diese Förmlichkeit jenes Recht gibt, da er, wenn ihm die Verhältnisse eine Klage gestatten, leicht vorher auch die Inscription nachholen kann, allein dem ist nicht so, denn zufolge §. 794 Pr.O. ist diese Nachholung nach Eröffnung der Gant gegen den dritten Besitzer und schon in den letzten zehn Tagen vorher nicht mehr zulässig, weßhalb im Falle einer solchen Gant nach meiner Meinung der fragliche Anspruch gar nicht wirksam ist, nach der gegentheiligen Ansicht aber in die vierte Klasse kommt. Gerade dieses Beispiel dürfte auch zeigen, daß ich mich selbst auf die Billigkeit berufen darf, denn ein Gläubiger, welcher sich nicht die Mühe gibt, sein Vorrecht inscribiren zu lassen, verdient wahrlich in der Gant des seiner Forderung ganz fremden Dritten keine Bevorzugung vor dessen Gläubigern, welche ja nichts dafür können, daß der Gantmann die Transscription versäumte.

Digitized by Google

So scheint es mir in der That dem Rechtsgefühle zu widerstreiten, daß derjenige, welcher für irgend eine rein persönliche Forderung ein Urtheil gegen den vorigen Eigenthümer erwirkt hat, ohne Weiteres auf Grund desselben Befriedigung vom dritten Besitzer und Location in der vierten Klasse in dessen Gant soll verlangen können, und doch führt die Consequenz der gegentheiligen Ansicht dazu, da auch uneingetragene richterliche Pfandrechte unter L.R.S. 2218 a Z. 4 fallen. Gestattet man dagegen nur die Nachholung der Inscription, so zieht in der Gant der §. 794 eine wohlthätige Schranke, und ist der neue Erwerber im Stande, sich gegen die nachgeholte Inscription durch Einleitung des Purgationsverfahrens zu sichern. Letzteres ist allerdings zufolge L.R.S. 2183 auch noch nach Erhebung der Pfandklage zulässig, allein nur innerhalb einer sehr kurzen Frist.

Wenn man dem uneingetragenen Vorrechte Wirkung gegen den dritten Besitzer einräumt, so muß man dieß sogar auch nach der Transscription zulassen, da gemäß L.R.S. 2182 nicht diese, sondern erst das Purgationsverfahren die Befreiung von Vorzugs- und Unterpfandslasten gewährt. Wenn nach einer erst neuerlich wieder (Annalen XXIII. No. 3) von dem obersten Gerichtshofe festgehaltenen Praxis, von deren Richtigkeit ich mich übrigens nicht zu überzeugen vermag (Annalen XXII. S. 137 und S. 164), angenommen wird, daß der bei uns dem Käufer regelmäßig mit dem Kaufbriefe zugehende s. g. Extrakt die Stelle der in L.R.S. 2198 bezeichneten Beurkundung vertrete, so wird zwar in Folge eines zufälligen Umstandes die Transscription die Wirkung haben, daß die des Eintrags bedürfenden, nicht eingetragenen Vorrechte gegen den neuen Erwerber wirkungslos sind, aber dieß ändert am Grundsatze nichts, wie ja leicht einmal aus Versehen der Extrakt unterlassen werden könnte, in welchem Falle die dann allein übrige Transscription keinerlei Befreiung von Lasten verschafft. Ferner tritt jener Umstand nicht bei allen Arten des Eigenthumserwerbs ein, und so ist auch in Baden Transscription nicht zugleich Purgation.

Demnach ist obige Folgerung aus der gegentheiligen Ansicht wohl begründet, und sie dürfte geeignet sein, deren Gefährlichkeit zu zeigen.

Alles dieß fällt weg, wenn man die Bekk'sche Meinung annimmt, für welche auch noch der Grund spricht, daß sie dem heilsamen Systeme der Publicität und Specialität thunlichst treu bleibt. Stabel, Pfandrecht §. 5 No. 3 am Ende.

Auf die von jeder Eintragspflicht enthobenen Vorrechte *) hat das Gesagte keine Anwendung, indem diese vor und nach der Transscription gegen den neuen Eigenthümer wirken, so lang er nicht das Purgationsverfahren der L.R.S. 2183 ff. 2193 ff. durchgeführt oder ein Zeugniß im Sinne von L.R.S. 2198 erwirkt hat. Selbst das Letztere befreit nicht von den uneingetragenen gesetzlichen Pfandrechten der Ehefrauen, Minderjährigen und Mundlosen, weil für diese ein besonderes Purgationsverfahren vorgeschrieben ist (Zachariä fr. Civ.-Recht Bd. II. §. 293 vor Note 13), und ist in seiner Wirkung bezüglich aller des Eintrags nicht bedürfenden, uneingetragenen Vorzugsforderungen bestritten — übrigens meines Dafürhaltens mit Unrecht, sofern nemlich das Zeugniß zum Zwecke der Purgation nachgesucht worden ist, denn ein Purgationsverfahren ist bezüglich dieser nicht verordnet, so daß sonst der Eigenthümer gar kein Sicherungsmittel hätte, wenn z. B. in dem Zeugniß gar keine eingetragene Vorrechtsforderung erwähnt ist, und somit kein Stoff zur Durchführung des Purgationsverfahrens vorliegt. (Annalen XIX. S. 343. Bekk a. q. O. S. 195.)

Was die Vorzugsforderungen des L.R.S. 2101. 2101 a. 2098 a Ziff. 1. betrifft, bin ich jedoch der Ueberzeugung, daß sie als auf Fahrniß zunächst, und nur bei deren Abgang auf Liegenschaften gegeben (L.R.S. 2105), nur in der Gant des Schuldners Bedeutung haben, und jedenfalls nie die Pfandklage gegen den dritten Besitzer ge-

*) Gelegenheitlich folge hier eine, wenn ich nicht irre, vollständige Aufzählung derselben:

a Landrechtliche. 1) Unterpfandsrecht der Ehefrauen, Minderjährigen und Mundlosen. L.R.S. 2135. 2) die Vorzugsforderungen des L.R.S. 2101. 2101 a mit 2104. 3) Staatssteuern und Hoheitsabgaben. L.R.S. 2098 a f. b) aus anderen Gesetzen. 4) Ablösungskapitalien von Zinsen und Gülten. Reg.-Bl. 1825 S. 55. 5) Ablösungskapitalien von Zehnten und deßfallsigen Darleihen. §. 15. 16. Reg.-Bl. 1833. No. 49. 6) Brandkassenbeiträge und Vorschüsse. §. 66. Reg.-Bl. 1852 S. 101. 7) Waldkulturkosten des Staats. §. 90. Reg.-Bl. 1854 No. 23. 8) Ablösungskapitalien von Erb- und Schupflehen. §. 15 Reg.-Bl. 1849 No. 25. 9) In gewisser Beziehung (vrgl. Note **) Ablösungskapitalien von eigentlichen Lehen. §. 3. Reg.-Bl. 1856 No. 16. 10) Frohndablösungskapitalien, welche übrigens jetzt nicht mehr vorkommen können. Art. 6 Reg.-Bl. 1832 No. 1. 11) Gewisse, den Steuern gleichgestellte, Kosten der allgemeinen Landesvermessung. §. 5. Reg.-Bl. 1852 No. 15. Art. 2 Reg.-Bl. 1854 S. 200. Art. 1 Reg.-Bl. 1854 S. 203. D. E.

Digitized by Google

währen. Bekk S. 193. Bezüglich der Steuern und anderen Hoheitsabgaben ist dieß durch eine Justizministerialverordnung im Verordn.-Bl. 1853 No. 20 anerkannt.*)

Dr. Bucheit.

IV.

Ladungsversagung.

1) Der erste Richter, welcher im Falle des §. 281 der Pr.O. die Klage sofort für unstatthaft erklärt, ohne vorerst die nöthige Ergänzung oder Verbesserung zu veranlassen, verletzt die Vorschriften des Verfahrens.
2) Das wegen einer solchen Verletzung im Wege der Appellation angerufene Obergericht kann, unter Aufhebung des amtlichen Erkenntnisses, die Sache an den ersten Richter zurückweisen, um das unterlassene Verbesserungsverfahren nachzuholen.
3) Die Sache ist nur dann nach Maßgabe des §. 1177 beim Obergerichte selbst zu verhandeln und zu entscheiden, wenn in der That nicht der Fall des §. 283, sondern jener des §. 281 vorliegt.

Guggenheim gegen Oberfäckingen.

Der Kläger als unmittelbarer Rechtsfolger des freiherrlich von Roll'schen Hauses zu Bernau beansprucht von 57 Grundstücken, welche in Oberfäckinger Gemarkung gelegen sind, Gülten und Zinsen, indem er anführt: Seit unfürdenklichen Zeiten seien die Liegenschaften in der Gemarkung zins- und gültpflichtig, theils an die gnädigste Landesherrschaft, theils an das freiherrlich von Roll'sche Haus in Bernau.

Ueber den Bezug selbst sagt die Klage nur, daß seit der jüngsten Vereins-Erneuerung vom 21. Juli 1826 die Pflichtigen ihre Schuldigkeit durch einen Vorträger bis 1849 unweigerlich entrichtet, von da an aber die Leistung eingestellt hätten.

Das Begehren ist auf Fortentrichtung der Abgabe, auf Nachzahlung der seit 1849 verfallenen Beträge und auf Erneuerung des Vereins gerichtet.

Hierauf erkannte der Unterrichter am 23. Juli 1856 zu Recht:

„Die Klage findet nicht statt,"

und zwar nach Ansicht des §. 283 der Pr.O. wegen Mangels der erforderlichen thatsächlichen Begründung, indem nicht behauptet werde, daß der unfürdenkliche Besitzstand schon im Jahr 1810 (L R.S. 710 fb) vollendet gewesen, und daß die Abgabe von den jetzigen Beklagten, beziehungsweise ihren Rechtsvorfahren seit unfürdenklicher Zeit entrichtet worden sei.

Dagegen beschwerte sich der Kläger im Wege der Berufung namentlich auch deßhalb, weil der Richter erster Instanz unterlassen habe, durch eine Vorverfügung die Ergänzung zu verlangen: wann die unfürdenkliche Ersitzung, und durch welche Besitzhandlungen vollendet wurde? Allein am 14. November 1856 erfolgte ein bestätigendes Erkenntniß, gegen welches der Kläger die Oberappellation ergriff, sich darüber beschwerend, daß nicht Ladung verfügt oder doch wenigstens nach §. 297 der Pr.O. das richterliche Fragrecht ausgeübt worden.

Diese Beschwerde wurde für begründet erachtet und durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 16. Mai l. J. unter Aufhebung der vorderinstanzlichen Erkenntnisse das Untergericht angewiesen, nach §. 281 der Pr.O. die Verbesserung der Klage zu veranlassen, und sodann das weiter Rechtliche zu verfügen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Richter der vordern Instanzen haben die Ladung auf die Klage in der Formel des §. 283 der Pr.O. verfagt und dieser Formel nach ausgesprochen, daß die Klage ihrem Inhalt nach unbezweifelt in Rechten nicht begründet sei. Der §. 283 der Pr.O. hat bei dieser Art der Ladungsversagung offenbar eine materielle Entscheidung über die Existenz des behaupteten Klagrechts vor Augen und dieselbe soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn

---

*) Sowohl dieß als auch das Erlöschen in Folge des Zeugnisses und der Purgation fällt übrigens hinweg bei den Brandkassebeiträgen §. 64 Reg.-Bl. 1852 S. 101. Dagegen sind die Ablösungskapitalien von eigentlichen Lehen bezüglich des Vorzugsrechts (d. h. gegenüber den Gläubigern) an eine Inscription gebunden, während sie gegenüber dem Eigenthümer als dingliche Last auf dem Gute selbst ruhen. Auch andere der oben angeführten Special-Gesetze enthalten manche Eigenthümlichkeit.

D. E.

Digitized by Google

aus dem Vortrag des Klägers mit Sicherheit entnommen werden kann, daß auch im Falle der Richtigkeit des faktischen Inhalts der Klage das in ihr gestellte Begehren, nach dem bürgerlichen Rechte nicht begründet ist. Es setzt also dieser §. eine formell ordnungsmäßig beschaffene Klage, d. h. eine solche Klage voraus, die dem Richter eine materielle, civilrechtliche Beurtheilung des behaupteten Anspruchs möglich macht, während im Gegensatz hievon der §. 281 der Pr.O. von einer solchen Klage handelt, die wegen ihres mangelhaften Inhaltes eine materielle Beurtheilung des Klaganspruchs gar nicht zuläßt, sei es, daß derselben einzelne wesentliche Bestandtheile, z. B. der faktische Klaggrund, ganz fehlen, d. h. daß sie unvollständig ist, oder daß es der Anführung an Deutlichkeit gebricht.

In diesem Falle soll der Richter die Klage nicht verwerfen, sondern ein Verbesserungsverfahren einleiten und dann erst das weiter Geeignete verfügen

Prüft man nun die Gründe, durch welche die vordern Instanzen veranlaßt worden sind, die Ladung nach §. 283 zu versagen, so ergibt sich daraus, daß die Berufung des Klägers auf Unvordenklichkeit deßwegen nicht beachtet worden ist, weil die Thatsachen nicht angeführt seien, die eine vor 1810 vollendete unfürdenkliche Verjährung zu begründen vermöchten. Dagegen konnte es unmöglich die Meinung der vordern Instanzen sein, daß der Kläger, welcher die Unvordenklichkeit ausdrücklich als Klaggrund bezeichnet, überhaupt nicht die Intention gehabt habe, die Klage auf unfürdenkliche Verjährung zu stützen, da die Unvordenklichkeit nach juristischem Sprachgebrauch nichts anderes als unfürdenkliche Ersitzung bedeutet — und eben so wenig konnten und wollten sie aussprechen, daß diese Ersitzung nicht geeignet sei, das Klagbegehren zu rechtfertigen, vielmehr war nur der Mangel der Anführung des thatsächlichen Stoffes, den dieser Rechtstitel zu seiner Existenz erfordert, der Grund der Abweisung.

Hiernach aber hätten die vordern Instanzen in richtiger Anwendung der §. 281 und 283 der Pr.O. nicht nach dem letzteren Paragraphen sofort ein Erkenntniß über den Klaganspruch erlassen, sondern vorerst das in §. 281 vorgeschriebene Verbesserungsverfahren einleiten sollen, weil zwar ein mangelhafter Klagvortrag, nicht aber ein solcher vorliegt, auf welchen hin der Richter zu der materiellen Entscheidung berechtigt wäre, daß das angesprochene Gültrecht nach dem eigenen Vorbringen des Klägers gar nicht bestehe.

Der Kläger hat sich daher, wenn man auch die vordergerichtlichen Gründe als richtig anerkennt, doch mit Recht darüber beschwert, daß nicht der §. 281 der Pr.O. zur Anwendung gebracht und ihm durch diese Unterlassung die Möglichkeit der Verbesserung der Klage, welche der Pr.O. gemäß gestattet werden soll, abgeschnitten worden sei. Es folgt hieraus weiter, daß sich die erhobene Beschwerde eben deßhalb, weil das erforderliche Verfahren nicht eingeleitet worden ist, als eine Beschwerde wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens darstellt und als solche begründet ist. Um jedoch dieser Beschwerde abzuhelfen, kann der oberste Gerichtshof keineswegs die Ladung nach §. 1177 selbst verfügen, obwohl die vordern Instanzen die Formel des § 283 gwählt haben. Der §. 1177 setzt nemlich voraus, daß einerseits die Richter der vordern Instanzen in der That eine materielle Entscheidung über das Klagrecht gegeben haben, was ihren Gründen nach hier nicht der Fall ist, und daß anderer Seits der Oberrichter bezüglich dieser materiellen Entscheidung anderer Ansicht ist, während hier der oberste Gerichtshof den Kläger auch dann für beschwert erachtet, wenn die von den Richtern der vordern Instanzen aufgestellte Ansicht als richtig vorausgesetzt wird, und zwar deßhalb, weil unter dieser Voraussetzung eine Prozeßhandlung unterlassen wurde, die vorerst hätte angeordnet werden sollen. In diesem Falle hat nun der Oberrichter nach richtiger Auslegung des §. 1178 der Pr.O. die Erkenntnisse der vordern Instanzen aufzuheben und das geeignete vorgängige Verfahren anzuordnen, weßhalb, wie geschehen, erkannt wurde.

D. R.

In der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** sind nachfolgende Bücher zu den beigesetzten Preisen zu haben:

Roth v. Schreckenstein, Freiherr. Das Patriziat in den deutschen Städten, besonders Reichsstädten, als Beitrag zur Geschichte der deutschen Städte und des deutschen Adels. 8°. Tübingen 1856. Preis fl. 5. 24.

Permaneder, Mich. Handbuch des gemeingiltigen katholischen Kirchenrechts mit steter Rücksicht auf das katholisch kirchliche Partikularrecht in Oesterreich, Preußen, Baiern, Sachsen und den übrigen deutschen Staaten. Dritte vielfach verbesserte Auflage. 8°. Landshut 1857. Preis fl. 7. 12.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 25.**

I.

Schenkungen unter Ehegatten.

1) Ist eine Ehe, welche von Badnern, zur Umgehung der inländischen Gesetze und besonders zur Vermeidung aller Oeffentlichkeit, ohne Staatsbewilligung im Ausland geschlossen worden, schon kraft Gesetzes nichtig oder nur anfechtbar?
2) Kann die Anfechtung, selbst nach aufgelößter Ehe, in einem Prozesse über vermögensrechtliche Ansprüche vor dem bürgerlichen Richter einredend bewirkt werden?
3) Sind Schenkungen unter Ehegatten wegen nachgeborener Kinder des Schenkgebers aus einer spätern Ehe dem Widerruf kraft Gesetzes verfallen?

Jahrbücher, n. F. IV. 363.
Annalen IX. 288. 291. XXII. 193.

In einem am 2. November 1841 zwischen dem Grafen M. v. W. und der Wittwe L. zu Kehl abgeschlossenen Ehevertrag Art. III. schenkte der Bräutigam von seinem Vermögen der Braut für den Fall vollzogen werdender Ehe zum Voraus 10,000 fl., welche als ein Einbringen von ihrer Seite angesehen werden sollten. Diese Schenkung ward sofort angenommen.

Der Art. IV. des Ehevertrags verordnet dazu:

„Hinsichtlich der im vorigen Artikel gedachten 10,000 fl. wird für den Fall des Vorabsterbens der Braut mit Hinterlassung von Kindern aus dieser oder ihrer ersten Ehe folgendes bestimmt: es sollen diese 10,000 fl. in allen Fällen nur den Kindern erster Ehe der Braut verbleiben und die Kinder, welche etwa aus der gegenwärtig abzuschließenden Ehe stammen, nicht berechtigt sein, sie als einen Theil des mütterlichen Vermögens zu betrachten. Ist der Ehemann der überlebende Ehetheil, so kann er zur gleichbaldigen Herausgabe dieser 10,000 fl. an die Kinder erster Ehe nicht angehalten werden, sondern er ist berechtigt, das Kapital gegen einen diesen Kindern zukommenden Zins von 4½ pCt. so lange zu behalten, bis die Kinder volljährig sind. Am Tage der erreichten Volljährigkeit hat von diesen Kindern der Knabe, wenn er noch lebt, von seinem Antheil 1200 fl., in jedem Falle ausgefolgt zu erhalten, die Mädchen aber nur dann dieselbe Summe, wenn sie das Haus des Stiefvaters verlassen. Der Rest bleibt in Händen des Letzteren und kann, so lange er lebt, nicht von ihm gefordert werden, seine Erben aber sind zur baaren Ausfolgung nach seinem Tode verpflichtet, während der stipulirte Zins forläuft bis zur Zahlung. Der Tod des einen oder andern Kindes erster Ehe verändert die Ansprache derselben an die 10,000 fl. nicht, der Antheil des Verstorbenen fällt den Ueberlebenden zu."

Weiter verfügt der Art. VII.:

„Im Falle des Vorabsterbens der Gattin verpflichtet sich der Ehegatte, den Kindern erster Ehe aus seinen eigenen Revenüen jährlich so viel beizutragen, daß ein jedes, wenn seine Revenüen dieses nicht gewähren, ein jährliches Einkommen von 400 fl. hat ꝛc.

Ueber die Stipulationen in Art. IV. und VII. liegt keine Annahme vor.

Am 4 November 1841 wurden die Brautleute auf der Mairie zu Straßburg bürgerlich getraut.

Diese Ehe hatte jedoch keinen langen Bestand, indem die Frau Gräfin schon am 11. August 1842 verstarb und zwar mit Hinterlassung von drei ersteehelichen Kindern, wovon der Sohn am 9. April 1855 seiner Mutter in den Tod folgte.

Im Mai 1855 traten, nach erreichter Volljährigkeit,

Digitized by Google

die Töchter Clara und Emilie L. mit einer Klage gegen ihren Stiefvater auf, worin sie für sich und als Erben ihres Bruders von den in erster Reihe ihrer Mutter geschenkten 10,000 fl. die durch den Eintritt ihrer Großjährigkeit fällig gewordenen 2400 fl. nebst Zinsen, ferner die Anerkennung, daß nach dem Tode des Beklagten der Rest von 7600 fl. an sie auszuzahlen sei, und endlich die sog. Revenüenergänzung begehrten, worüber die Liquidation vorbehalten bleiben sollte.

Dieser Klage wurde entgegen gehalten:

Die Schenkung der 10,000 fl. sei bedingt durch den Abschluß einer — nach selbstverständlicher Interpretation — gültigen Ehe; die im November 1841 geschlossene Ehe sei aber nicht in badisch gültiger Form eingegangen, vielmehr die Trauung ohne vorherige Staatserlaubniß und Proclamation, zur Umgehung der badischen Gesetze, in Frankreich vollzogen, auch nachmals die Vorschrift des L.R.S. 170 nicht befolgt worden; diese Ehe sei daher um so gewisser nichtig, als der katholische Beklagte vorher mit einer Freiin von V. verehelicht und nach erfolgtem Scheidungsurtheil die Frist des L.R.S. 297 im November 1841 noch nicht umflossen gewesen sei.

Außerdem exceptirte der Beklagte: die Schenkung der 10,000 fl. an die Gattin sei mit deren Tod nach L.R.S. 1039 erloschen und jene an die ersteehelichen Kinder wegen Mangels ausdrücklicher Annahmen nach den L.R.S. 932. 935 und 942 wirkungslos, überdieß aber in einer öffentlichen Urkunde vom 5. Oktober 1853 ausdrücklich zurückgenommen und zudem schon kraft Gesetzes widerrufen, weil er inzwischen eine andere Ehe eingegangen habe, aus welcher Kinder vorhanden seien, L.R.S. 960.

Hiergegen machte die Replik nur geltend, daß jetzt, nachdem die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, eine Einsprache oder Anfechtung derselben, weder im Weg der Klage noch auf dem der Einrede zulässig, auch ohnehin durch den Ablauf von mehr als 10 Jahren nach L.R.S. 1304 verjährt sei.

Bei dieser Sachlage wurden die Klägerinnen in erster und zweiter Instanz mit ihrer Klage abgewiesen.

Der Unterrichter theilte die Ansicht, daß die fragliche Ehe aus den beklagterseits geltend gemachten Gründen ungültig und darum auch die Schenkung der 10,000 fl. verfallen sei. L.R.S. 63. 170. 1088.

Ob die Anfechtung dieser Ehe, wozu L.R.S. 191 den Beklagten unzweifelhaft berechtige, im Weg der Klage oder auf jenem der Einrede bewirkt werde, sei einerlei, weil alles, was klagend verfolgt werden könne, auch als Einrede diene, welcher nach dem Rechtsgrundsatz: „quod temporale est ad agendum, perpetuum est ad excipiendum“ die Replik der Verjährung nicht entgegen stehe.

Der Beklagte habe keine Veranlassung gehabt, die Gültigkeit der mit einer längst verstorbenen Frau eingegangenen Ehe anzufechten, so lange Niemand irgend welche Rechte daraus abzuleiten suchte.

Würde man aber die an die Mutter der Klägerinnen, beziehungsweis an die Klägerinnen und deren verstorbenen Bruder gemachte Schenkung als rechtsbeständig ansehen, so wäre sie doch durch die spätere Erscheinung eines ehelichen Kindes des Beklagten kraft Gesetzes widerrufen (L.R.S. 960), auch wenn sie der Beklagte nicht ausdrücklich in dem Notariatsact vom 5. Oktober 1853 zurückgenommen hätte.

Das großh. Hofgericht setzte diesen Gründen noch folgende Ergänzungen bei:

1) Der L.R.S. 170, welcher die von Inländern im Ausland nach der dort hergebrachten Form eingegangenen Ehen für gültig erklärt, vorausgesetzt, „daß die im 63. Satz vorgeschriebenen Aufgebote vorhergegangen sind“ — läßt zwar einer dreifachen Auslegung Raum, indem die letztgedachte Vorschrift bald nur als einfache Wiederholung des für inländische Ehen aufgestellten Gebots, bald aber als eine wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit solcher Ehen, bald endlich als ein solches Gebot angesehen wird, dessen Umgehung je nach den Umständen des Falls die Nichtigkeit zur Folge haben kann.

Zachariä, Handbuch III. §. 454—55.
Marcadé, explication zu Art. 170.
Boileux, Comment. zu Art. 170.
Brauer, Erläuterungen Bd. I. S. 174—77.

Der erstgedachten Auslegung steht jedoch schon die Wortfassung des L.R.S. 170 entgegen, welche keinen Zweifel übrig läßt, daß die Vorschrift der Aufgebote für die im Ausland geschlossenen Ehen besonders eingeschärft werden sollte.

Welche der beiden andern Auslegungen aber die richtige sei, diese Erörterung kann in dem vorliegenden Falle umgangen werden, da dessen Umstände von der Art sind, daß auch nach der letztern Auslegung die Eheschließung als ungültig angenommen werden muß.

Erwägt man nemlich, daß nach L.R.S. 3 die Gesetze, welche den bürgerlichen Stand bestimmen, sich auf Inländer selbst dann erstrecken, wenn sie sich im Auslande aufs

hatten, so stellt sich die Bestimmung des L.R.S. 170 als eine zur Begünstigung der Ehen bewilligte Ausnahme dar, welche auf der Rücksicht beruht, daß Verhältnisse obwalten können, welche die Eheschließung im Inlande als unthunlich oder als unangemessen erscheinen lassen. Diese Nachsicht des Gesetzes kann aber nicht so weit ausgedehnt werden, daß den Brautleuten gestattet sein sollte, zur Umgehung der schützenden Gesetze des Inlands und der hier bestehenden Hindernisse das Ausland aufzusuchen, um ihr Ziel zu erreichen, was sich auch daraus ergibt, daß der L.R.S. 170 nur bezüglich der im Ausland hergebrachten Form die Ausnahme eintreten läßt und im Uebrigen diejenigen Vorschriften der Oeffentlichkeit (nemlich Aufgebot und Eintragung im Ehebuch), gewahrt wissen will, welche bei solchen Ehen allein noch möglich sind, um so wohl die Eheleute selbst als auch dritte Betheiligte und den Staat vor den Nachtheilen heimlicher oder übereilter Eheschließungen zu bewahren. Mag nun auch die Vorschrift der Aufgebote nicht als ein unbedingtes Gebot für alle im Ausland eingegangenen Ehen angesehen werden, so muß dieß doch in solchen Fällen angenommen werden, wo es auf eine arglistige Umgehung inländischer Gebote oder Verbote abgesehen ist, da alsdann die Vorschrift als die letzte und äußerste Schutzwehr erscheint, nicht nur, um Nachtheile von den Betheiligten abzuwenden, sondern auch dem inländischen Gesetz seine Kraft und Würde zu wahren, und weil in diesem Fall die Vorschrift die Natur eines solchen Gesetzes annimmt, welches die Handhabung der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten zum Zwecke hat. L.R.S. 6 und 6 k. Zachariä, III. §. 454. Abs. 3.

Wenn man nun erwägt, daß im vorliegenden Falle die Brautleute den Ehevertrag in Kehl vor einem ihrem Wohnsitz fremden öffentlichen Beamten abschlossen, sich sofort am dritten Tage in Straßburg bürgerlich trauen ließen, ohne weder die Staatsbewilligung zur Eingehung einer bürgerlichen Ehe, noch zur Trauung im Ausland erwirkt zu haben, daß sie ferner weder das dem Bräutigam aus seiner früheren Ehe entgegenstehende kirchliche noch das aus L.R.S. 297 folgende bürgerliche Hinderniß beseitigt hatten, und dabei weder die Vorschrift der öffentlichen Aufgebote, noch jene des Eintrags in das Ehebuch beobachteten, so bleibt kein Zweifel übrig, daß sie die Eheschließung absichtlich zur Umgehung der ihnen im Wege stehenden inländischen Gesetze, insbesondere aber zur Vermeidung aller Oeffentlichkeit, im Auslande eingegangen haben, in welchem Falle aber dem Beklagten zufolge L.R.S. 191 das Recht zusteht, die Eheschließung als ungültig anzufechten.

Wollte auch nach Ansicht mancher Rechtslehrer zugegeben werden, daß dieser Mangel durch die längere Dauer der Ehe, durch Vorhandensein von Kindern oder durch Genehmigung der Ahnen wieder gedeckt werden könne, so fehlt es auch an diesen Voraussetzungen, und ebensowenig kann von der Anwendung der von der putativen Ehe handelnden L.R.S. 201 und 202 die Rede sein, da keinerlei Umstände vorgetragen sind, welche zur Unterstellung des guten Glaubens auf Seite der Ehefrau berechtigen könnten.

2) Anlangend die Frage, ob diese Ungültigkeit der Ehe im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, obgleich das Gesetz nur von der Anfechtungsklage spricht (L.R.S. 180 ff.) und solche Klagen vor die Hofgerichte zur Entscheidung in erster Instanz gewiesen sind, so kommt in Erwägung, daß die Nichtigkeit, wie sie hier vorliegt, als eine absolute anzusehen ist, welche nicht allein den Eheleuten, deren Eltern und Voreltern, sondern auch dem Staatsanwalt und jedem betheiligten Dritten das Recht verleiht, die Ehe als nicht geschlossen anzufechten. L.R.S. 165. 191. Zachariä Bd. III. §. 454 Abs. 3.

Diese Nichtigkeit kann daher auch, da es keiner ausdrücklichen Ungültigerklärung des Richters bedarf, im Wege der Einrede verfolgt werden, und um so mehr dann, wenn der Beklagte gegenüber dem klagenden Theil keinen Anlaß hat, eine Anfechtungsklage zu erheben, welcher Fall hier vorliegt, weil die Ehefrau des Beklagten gestorben ist, und die Klägerinnen bezüglich der fraglichen Schenkungen nicht als Erben oder allgemeine Rechtsfolger derselben, sondern lediglich als beschenkte Dritte erscheinen. Ist aber der Beklagte zur Geltendmachung der Nichtigkeit im Wege der Einrede berechtigt, so kann ihm die Unzuständigkeit des Unterrichters zur Entscheidung von Anfechtungsklagen nicht entgegen gehalten werden, welche einen Ausspruch der Ehenichtigkeit im Allgemeinen bezwecken, während es sich hier nur um die Rechtsbeständigkeit von Schenkungen handelt, welche darauf beruhen.

3) Aus der oben bemerkten Natur der Ehenichtigkeit folgt, daß die Verjährung des L.R.S. 1304, wenn sie überhaupt auf Ehenichtigkeiten Anwendung findet, hier nicht Platz greift, und zwar um so weniger, als sie gegenüber den Klägerinnen, deren Ansprüche erst nach erreichter Volljährigkeit klagbar wurden, erst von da an ihren Lauf hätte beginnen können.

Digitized by Google

4) Außerdem aber müssen die in Frage liegenden Schenkungen wegen nachgeborener Kinder des Beklagten zufolge L.R.S. 960 als kraft Gesetzes widerrufen angenommen werden, gleichgültig ob den Klägerinnen der Widerruf ausdrücklich erklärt wurde oder nicht, und die in Zachariä Hdb. IV. §. 709 Anm. 8 angeregte Streitfrage hat hierher keinen Bezug, da sie sich nur auf solche Schenkungen bezieht, welche ein Ehegatte dem andern (nicht dessen Kindern) zugewendet hat ꝛc.

In dritter Instanz, wohin die Sache durch die von den Klägerinnen eingewandte Oberberufung gelangt war, herrschte über die Ungültigkeit der Ehe und der Schenkung, soweit solche die s. g. Revenüen Ergänzung zum Gegenstande hat, kein Zweifel. Nur ging die eine Meinung dahin, daß die Geltendmachung der Ehenichtigkeit nicht auf dem Weg der Einrede in einem Prozesse über vermögensrechtliche Ansprüche stattfinde, weil das Gesetz, wie aus der Ueberschrift von B. I. Tit. V. Kap. 4 des Landrechts zu ersehen, blos Klagen auf Ungültigkeit der Ehe zulasse, worüber das betreffende Hofgericht in erster Instanz zu entscheiden habe. Ehe Ordn. §. 64. II. Einf.-Ed. §. 11. Denn daraus folge nothwendig, daß die Eheungültigkeit nicht einredend in dem über Vermögensrechte bei einem Bezirksamte anhängig gemachten Prozeß verfolgt werden könne. Sei aber die Ehe, weil sie bis jetzt nicht durch ein Urtheil des zuständigen Gerichts cassirt worden, als gültig anzusehen, so müsse auch die Schenkung der 40,000 fl., welche der Bräutigam der Braut gemacht, zu Recht bestehen und zum Vollzug kommen, da sie nach L.R.S. 960 vergl. mit L.R.S. 1096 Abs. 3 von dem Widerruf wegen nachgeborener Kinder nicht getroffen werde. Die Ansicht von Zachariä, daß in einem Falle, wie der vorliegende, die Schenkung ex ratione legis *) für widerrufen zu erachten sein würde — hielt der höchste Gerichtshof nicht für richtig, weil das Gesetz zwischen den Kindern aus dieser oder jener Ehe keinen Unterschied mache. Vergl. Gilbert ad Art. 960 No. 9. Marcadé expl. I p. 452.

Eine ausdrückliche Entscheidung dieser Streitfrage konnte jedoch füglich unterbleiben, weil die oberhofgerichtliche Majorität den vordern Instanzen darin beitrat, daß die Ehenichtigkeit in dem gegenwärtigen Verfahren ope exceptionis geltend gemacht werden könne.

*) Hierüber vergl. Brauer, Erläuterungen II. 386 und 511. Regron ad Art. 960.

So wurden denn die vordergerichtlichen Urtheile am 16. Mai l. J. in dritter Instanz bestätigt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Klage begehrt den Vollzug zweier Schenkungen, welche der Beklagte bei seiner Verehelichung mit der Wittwe L. im Ehevertrag vom 2. November 1841 gemacht hat.

Die im Art. VII. dieses Vertrags enthaltene Schenkung ist unmittelbar und allein den ersteheltichen Kindern der Braut, den Klägerinnen, zugesichert. Sie kann also nicht nach den besondern Regeln beurtheilt werden, welche das Gesetz für Schenkungen zu Gunsten einer Ehe aufstellt, indem darunter nur Schenkungen an die Ehegatten und die aus der Ehe zu hoffenden Kinder gemeint sind, nicht aber Schenkungen an dritte Personen. Als gewöhnliche Schenkung fehlt es ihr aber an den gesetzlichen Erfordernissen, insbesondere an der Annahme, und überdies findet hier die auf Satz 960 gestützte Einrede des Widerrufs volle Anwendung.

Die andere Schenkung ist zwar nach Art. III. des Vertrags der Braut zugesichert, allein ihre Wirksamkeit setzt die Gültigkeit der abgeschlossenen Ehe voraus, und diese ist mit Grund von den Beklagten angefochten worden.

Es ist schon in den Entscheidungsgründen der vordern Instanzen nachgewiesen, daß sehr wesentliche Förmlichkeiten beim Abschluß dieser Ehe verletzt worden sind, und daß nach Wort und Geist des Gesetzes diese Mängel einer Nichtigkeitsklage Raum geben. Wenn auch die abgeschlossene Ehe keineswegs als gar nicht bestanden oder kraft Gesetzes ohne alle Wirkung angesehen werden kann, sondern ihre Ungültigkeit erst vor dem Richter geltend gemacht werden muß, so unterliegt es doch keinem Bedenken, daß diese Anfechtung im gegenwärtigen Prozesse einredend verfolgt werden kann. Die besonderen Vorschriften der Ehevordnung über das Verfahren bei Vernichtungsanträgen finden nur in so lange Anwendung, als die Ehe besteht, und es sich also darum handelt, die Eheleute durch Nichtigerklärung des Ehestandes zu trennen. Bei Trennung einer bestehenden Ehe ist nemlich das öffentliche Interesse mitbefangen und auf diesem Interesse beruhen jene besonderen Vorschriften. Ist dagegen die Ehe, wie hier, durch den Tod des einen Ehegatten bereits aufgelöst, so ist jenes Interesse erloschen und die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe ist nur

Digitized by Google

noch von Erheblichkeit für privatrechtliche Folgen derselben bezüglich des Familienstandes und anderer pecuniärer Rechte. Diese aber können mit den gewöhnlichen Klagen und Einreden verfolgt werden, wenn auch dabei die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe einen Klage- oder Einredegrund bildet. Dies ergibt sich aus Satz 190 des Landrechts, indem hiernach die dem Staatsanwalt im öffentlichen Interesse gegebene Nichtigkeitsklage mit der anderweiten Auflösung der Ehe erlöscht, und ebenso aus §. 3 der Eheordnung, wo die privatrechtlichen Wirkungen der Ehe zum Austrag an die gewöhnlichen bürgerlichen Gerichte verwiesen sind, das polizeiliche Verfahren dagegen nur für die Trennung der Eheleute vorgeschrieben ist.

Endlich ist in der vordern Instanz mit Recht angenommen worden, daß ein guter Glaube bei Abschluß der Ehe auf Seiten der Wittwe L. nicht als vorhanden betrachtet werden kann. Wenn man auch hier nicht zwischen thatsächlichem und Rechtsirrthum unterscheiden will, so ergibt sich doch aus allen Umständen, daß die Trauung nicht in dem Glauben von den Brautleuten vollzogen worden ist, als sei damit allen gesetzlichen Vorschriften Genüge geleistet.

Hiernach mußten die Urtheile der vordern Instanzen bestätigt werden.

D. R.

II.

Entwendung von Urkunden.

Annalen XXIV. S. 33 ff.

Wie am soeben angeführten Orte erwähnt ist, so wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 3. November v. J. Mathäus Ernst von Ueberlingen der Entwendung dreier Sparkassenscheine zum Nachtheile des Joseph Wetzel von Breitenerlen und damit eines gemeinen, den Betrag von 25 fl. nicht übersteigenden Diebstahles für schuldig erklärt und hierwegen, sowie wegen der damit concurrirenden Verbrechen des Betrugs und der Urkundenfälschung in eine Gefängniß- und Geldstrafe verfällt. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist hinsichtlich der Entwendung der Urkunden gesagt: Nach dem Ergebniß der heutigen mündlichen Schlußverhandlung, insbesondere im Hinblick auf die bestimmte eidliche Versicherung des Mathias Sorg, wonach die ihm abhanden gekommenen Urkunden ihm nicht entfallen sein können, sondern von dem Angeschuldigten, welcher dieselben bei Vollzug der Vormundschaftsrechnung für Joseph Wetzel gebrauchte, beseitigt worden sein müssen, was sehr leicht geschehen konnte, weil Sorg nicht immer gegenwärtig war, wenn der Angeschuldigte an der Rechnung arbeitete, auch die Vollständigkeit der Papiere bei deren Rückgabe durch den Angeschuldigten nicht prüfte — unterliegt es keinem Zweifel, daß der Angeschuldigte die 3 Sparkassenscheine vom 29. Oktober 1846, 3. März 1853 und 9. Dezember 1854 nicht, wie er behauptet, im Hausgange des Mathias Sorg gefunden, sondern daß er, während sie ihm zur Benützung bei der Rechnungsstellung eingehändigt waren, eigenmächtig davon Besitz ergriffen hat. Daß diese Besitzergreifung zum Zwecke eines unrechtmäßigen Gewinns stattfand, ist ebenfalls außer Zweifel, weil der Angeschuldigte die Kassenscheine benützte, um dadurch Darleben zu erhalten, die er sonst nicht erhalten haben würde, und deren Betrag er in seinen Nutzen verwendete. Es liegen daher alle Merkmale eines Diebstahls vor (§. 376 Str.G.B.), während es an den Voraussetzungen des Verbrechens der Unterdrückung von Urkunden im Sinne des §. 459 Str.G.B. gebricht. Was den Werth des Entwendeten betrifft, so kann hier nicht der Forderungsbetrag, über welchen die Urkunden ausgestellt wurden, maßgebend sein, weil durch die Entwendung der Urkunden, welche nicht „auf Inhaber" lauten, die Forderung selbst nicht verloren, sondern der Forderungsberechtigte nur genöthigt wird, das Amortisationsverfahren einzuleiten, indem er vor Beibringung eines rechtskräftigen Amortisationserkenntnisses von der Sparkasse keine Zahlung erhalten würde. Die Kosten dieses Amortisationsverfahrens stellen daher den Betrag des Schadens dar, welcher dem Eigenthümer der Urkunden durch deren Verlust nothwendig erwachsen wäre. Wenn diese Kosten auch nicht genau zu ermitteln sind, so erreichen sie doch immerhin den Betrag, welcher den Diebstahl zu einem gerichtlich strafbaren macht. Es ist daher ein Diebstahl zwischen 1 fl. und 25 fl. zu unterstellen (§. 377 Ziff. 1, 378 Str.G.B.), dessen M. Ernst schuldig zu erklären war.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 14. März d. J. das hofgerichtliche Erkenntniß, soweit

dagegen der großh. Staatsanwalt rekurrirt hatte, dahin abgeändert, daß der Angeschuldigte statt eines gemeinen Diebstahls einer Urkunden-Unterdrückung zum Nachtheil des Joseph Wetzel von Breitenerlen für schuldig zu erklären sei; im Uebrigen aber dasselbe bestätiget.

Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt beschwert sich darüber, daß großh. Hofgericht den Angeschuldigten wegen Diebstahls und nicht vielmehr wegen Unterdrückung von Urkunden oder wenigstens wegen Betrugs um einen Betrag von mehr als 300 fl. verurtheilt habe.

Diese Beschwerde erscheint insofern begründet, als die dem Angeschuldigten zur Last fallende Beseitigung von Sparkassenscheinen allerdings nicht den Thatbestand eines Diebstahls enthält, weil jene Scheine keinen gemeinen Werth hatten (§. 378 St.G.B.), da sie nicht auf den Inhaber, sondern auf den Gläubiger J. Wetzel lauteten und die Sparkasse, wenn sie gleich nicht verpflichtet ist, die Legitimation desjenigen zu prüfen, welcher unter Vorlage des Scheins die Rückzahlung der Einlage begehrt, dennoch diese Rückzahlung grundsätzlich nur an eine solche Person leistet, deren Identität mit der im Scheine Benannten unbedenklich ist, oder welche den Schein ausweislich einer öffentlichen Urkunde zu Eigenthum erworben hat, so daß der dritte Besitzer des Scheins jene Rückzahlung höchstens durch einen Betrug gegenüber der Sparkasse zu erwirken vermag. Wenn demnach insoweit die Beschwerde des großh. Staatsanwalts gerechtfertigt ist, so erscheint dagegen seine weitere Ausführung, wonach hier eine Urkunden Unterdrückung im Sinne des §. 459 Str.G.B. vorliegen soll, nicht begründet, indem dieser §. nicht Denjenigen mit Strafe bedroht, welcher, wie der Angeschuldigte, einem Andern rechtswidrig den Besitz einer Urkunde entzieht, sondern Denjenigen, welcher sich im Besitze der Urkunde befindet und solche zum Nachtheile eines Andern beseitiget, der nach §. 749 Ziff. 1. 2 u. 3 Pr.O. Ansprüche darauf hat, also die Urkunde zwar nicht selbst besitzt, aber vom Besitzer die Herausgabe oder Vorlage in einem anhängigen oder bevorstehenden Prozeß verlangen darf. Ebensowenig als eine Urkundenunterdrückung im Sinne des §. 459 liegt aber auch ein Betrug im Sinne §. 450 St.G.B., welchen der großh. Staatsanwalt in zweiter Reihe annimmt, vor, indem der Angeschuldigte den Besitzer der Urkunden nicht dadurch beschädigte, daß er ihn zu irgend einer Handlung oder Unterlassung verleitete, vielmehr dadurch, daß er die Urkunde heimlich wegnahm.

Dagegen ist die Handlung des Angeschuldigten als eine Urkunden-Unterdrückung im Sinne des §. 460 St.G.B. anzusehen. Dieser §. bedroht Denjenigen mit Strafe, welcher ohne die Voraussetzungen des §. 459 fremde Urkunden in rechtswidriger Absicht unterdrückt.

Die Voraussetzungen des §. 459 sind, wie bemerkt, hier nicht vorhanden, die fraglichen Urkunden waren für den Angeschuldigten fremde, er hat sie dem Besitzer heimlich beseitiget, also ihm gegenüber unterdrückt, und that dieses, um sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, also in rechtswidriger Absicht.

Bei Ausmessung der hierwegen zu erkennenden Strafe kann aber der Betrag, über welchen die Schuldurkunden ausgestellt waren, nicht zu Grund gelegt werden, denn mit ihrer Beseitigung hat der Angeschuldigte jenen Betrag weder für sich gewonnen, noch dem Eigenthümer der Urkunden entzogen, sondern diesen nur der Mühe und Kosten des Amortisationsverfahrens ausgesetzt; es kommen vielmehr lediglich die allgemeinen Strafausmessungsgründe der §§. 150 bis 152 Str.G.B. in Anschlag und danach ist die vorliegende Beseitigung der Urkunden mit keiner höheren Strafe zu belegen, als sie großh. Hofgericht für die von ihm angenommene Entwendung von Urkunden angesetzt hat.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Soviel ist wohl außer Zweifel, daß in einem solchen Falle wie in dem vorliegenden bei Entwendung von Urkunden von einem Diebstahl nicht die Rede sein kann, weil Urkunden, die nicht auf den Inhaber, sondern auf einen bestimmten Gläubiger lauten, an sich selbst als selbstständige Sache keinen gemeinen Werth haben, wie dies schon Bekk in den Annalen XI. S. 208. 209 überzeugend nachgewiesen hat. Ebensowenig ist aber hier eine Urkunden-Unterdrückung im Sinne des §. 460 Str.G.B. vorhanden. Denn dieser §. bedroht Denjenigen mit Strafe, welcher ohne gewinnsüchtige Absicht und ohne den Vorsatz, einen Andern an seinem Vermögen zu beschädigen, Akten einer öffentlichen Behörde oder andere fremde Urkunden in rechtswidriger Absicht unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt. Derjenige würde z. B. unter diese Bestimmung fallen, welcher den Paß oder das Wanderbuch oder den Heimathsschein eines Andern entwendet, um solche Urkunden zur Landstreicherei zu benützen. Ein derartiger Fall ist aber hier nicht vor-

Digitized by Google

handen, sondern der Angeschuldigte hat die fraglichen Urkunden entwendet, um sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Und es hat schon Welk in den Annalen XI. S. 209 sich dahin ausgesprochen, daß der §. 459 Str.G.B. auch dann Anwendung finde, wenn eine Urkunde, die eines Anderen Eigenthum ist, oder auf die der Andere wenigstens ein Gebrauchsrecht hat, in gewinnsüchtiger Absicht entwendet wird. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des §. 459 Str.G.B. läßt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht nachweisen. Hgr.

III.

Kirchenbausache.

1) Ein Kirchspielsgenosse, welcher Bauhandlungen vorgenommen hat, wird dadurch allein im Verhältniß zu den Mitgenossen nicht baupflichtig, weil Baufacten nur maasgebend sind unter den verschiedenen Klassen von Baupflichtigen.

2) Vielmehr ist ein solcher Kirchspielsgenosse berechtigt, die Antheile seiner Mitgenossen von diesen zu fordern, wie jeder Theilhaber einer Mitschuld, der das Ganze leistet, von den übrigen Theilhabern den Ersatz ihrer Antheile verlangen kann.

Sandhofen gegen Scharhof.

Zur Kirchspielsgemeinde Sandhofen gehören die Höfe Scharhof und Kirschgartshausen, welche sich bei Gelegenheit weigerten, an den Bau- und Unterhaltungskosten des Thurmes der evangelischen Kirche zu Sandhofen etwas beizutragen.

Hierwegen von der politischen Gemeinde Sandhofen klagend verfolgt, gab Kirschgartshausen dem Anspruche nach, während Schärhof auf seiner Weigerung beharrte und der Klage mehrere Einwendungen entgegen hielt, worunter namentlich die auf §. 1 des Baueditts von 1808 gestützte Einrede der von der Klägerin anerkannten Baupflicht, indem dieselbe in der Periode von 1832 bis 1848 den Kirchthurm durch Hauptausbesserungen auf eigene Kosten in baulichem Stand unterhalten habe.

Allein dieses Einwands ungeachtet erkannte der Unterrichter die Kirchspielsgemeinde Scharhof für schuldig als Genossin des Kirchspiels Sandhofen, an den Bau- und Unterhaltungskosten des Thurms der evangelischen Kirche zu Sandhofen nach Maasgabe ihres Steuerkapitals zu dem Gesammtsteuerkapital des Kirchspiels beizutragen und die seit 1832 gemachten Auslagen für Reparaturen an diesem Thurme, deren Liquidation einem besonderen Verfahren vorbehalten bleibt, in diesem Verhältniß zu ersetzen.

Glücklicher war die beklagte Kirchspielsgemeinde in zweiter Instanz, da durch hofgerichtliches Urtheil vom 22. Dezember 1856 die Klägerin auf den Grund des erwiesenen Baufactums mit ihrer Klage abgewiesen worden ist.

In Folge der von dieser eingewandten Oberberufung wurde jedoch unterm 7. Mai l. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die angestellte Klage auf Beitrag zu den Kosten des Thurmbaues an der Pfarrkirche zu Sandhofen und Ersatz der von der Klägerin bereits gemachten Auslagen ist im §. 12 des Baueditts vom 26. April 1808 zweifellos begründet, da hiernach der Thurm im Zweifel dem Kirchspiel zu bauen auferlegt ist, und der beklagte Scharhof — zu der in Frage stehenden Kirche eingepfarrt — einen Theil des Kirchspiels der Letzteren bildet, daher die Baulast nach Verhältnis zu übernehmen hat.

Die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden sind auch nicht geeignet, die Klage zu zerstören; denn was

1) die Einrede des Baufaktums betrifft, so ist es thatsächlich als hergestellt anzunehmen, daß die Klägerin seit 1833 Auslagen für die Unterhaltung des in Frage stehenden Kirchthurms aus ihren Mitteln gemacht hat, deren Ersatz sie von dem Beklagten in Anspruch nimmt, auch daß diese Auslagen als Hauptausbesserungen im gesetzlichen Sinne betrachtet werden können.

Das Baueditt erklärt nun zwar im Allgemeinen denjenigen, welcher einen Kirchenbau oder eine Hauptausbesserung desselben hergestellt hat, auch für die Zukunft als baupflichtig, insofern nicht eine bloße Gulthat oder eine provisorische Leistung gegenüber von einem andern Verpflichteten in Frage steht.

Dieses Gesetz — eine vom gemeinen Recht abweichende Bestimmung enthaltend — muß jedoch in seinem ganzen Zusammenhang aufgefaßt und in dem sich hieraus ergebenden Sinne angewendet werden.

Das Gesetz erwähnt mehrere Klassen von Baupflichtigen, welche einander folgen und als deren letzte das Kirchspiel erscheint, für dessen Nutzen die Kirche erbaut wird.

Im Verhältniß dieser verschiedenen Klassen zu einander ist nun allerdings das Baufaktum maasgebend, so daß der in der gesetzlichen Reihe Nachfolgende sich auf dasselbe berufen und seine Verpflichtung ablehnen kann.

Das Baufaktum ist aber nicht maasgebend gegenüber von den Theilnehmern derselben Klasse, wenn einer der Letzteren in Beziehung auf die Gesammtverpflichtung der Klasse leistet und den Ersatz des Antheils von den Genossen zurückverlangt.

Aus einer solchen Bauleistung entspringt allerdings im Verhältniß zu den Verpflichteten anderer Klassen die gesetzliche Vermuthung der Baupflicht zum Nachtheil jenes Leistenden, aber nicht die weitere Vermuthung, daß der Letztere auch die Mitgenossen vertreten, die Last auf sich allein nehmen wolle und müsse.

Wenn das Gesetz im Verhältniß der verschiedenen Baupflichtigen unterstellt, daß der Erbauer oder Wiederhersteller eines Baues sich vor dem Andern für verpflichtet halte und daher in der That als verpflichtet zu halten sei, so kann jene Unterstellung und ihre rechtliche Folge da nicht eintreten, wo ein Streit zwischen verschiedenen Baupflichtigen über die vorzügliche Verbindlichkeit nicht in Frage steht, sondern die Genossen der nemlichen Baupflicht diese unter einander ausgleichen wollen.

Diese Ausgleichung ist nach dem Sinne des Baudikts und der Natur der Sache nicht aus den Bestimmungen des ersten, sondern aus denjenigen des gemeinen Rechts zu schöpfen, und unterliegt es hiernach keinem Zweifel, daß der Theilhaber einer Mitschuld, welcher das Ganze leistet, den Antheil seiner Genossen von diesem zurückfordern kann. L.R.S. 1852. 1375. 1214.

Nach diesen Betrachtungen erscheinen die Leistungen welche die klagende Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Mitglied des Kirchspiels und auf den Grund der Verpflichtung des Letzteren gemacht hat, gegenüber der beklagten Kirchspielsgemeinde und bezüglich auf deren Antheil an derselben lediglich als eine Vorlage, welche die Beklagte nach gemeinem Rechte zu erstatten hat, ohne sich auf die besondere, sie nicht berührende Bestimmung des Baudikts berufen zu können. —

Die zwei andern, gleichfalls für unerheblich erachteten Einreden sind ohne juristisches Interesse.

D. R.

In der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** sind nachfolgende Bücher zu den beigesetzten Preisen zu haben:

Marcadé, V. Abriß des französischen Civilrechts, übersetzt von A. Pfaff, großh. Referendär in Heidelberg. 1. Bd. 8°. Heidelberg 1857. Preis fl. 3.

Roth v. Schreckenstein, Freiherr, Das Patriziat in den deutschen Städten, besonders Reichsstädten, als Beitrag zur Geschichte der deutschen Städte und des deutschen Adels. 8°. Tübingen 1856. Preis fl. 5. 24.

Diese, sowie alle anderen besseren Erscheinungen der Literatur, insbesondere der juridischen, sind auf dem Lager der oben genannten Buchhandlung jederzeit vorräthig und werden Bestellungen von auswärts stets mit der größten Sorgfalt und Pünktlichkeit vollzogen. Zugleich erlaubt sich dieselbe, auf ihr antiquarisches Bücherlager ergebenst aufmerksam zu machen.

Anzeige.

Mit No. 27 beginnt das zweite Semester des **XXIV.** Jahrgangs dieser Zeitschrift, worauf die Bestellungen entweder bei den großh. Postämtern oder bei den Buchhandlungen des Landes in gefälliger Bälde gemacht werden wollen, damit kein Verzug in der Zusendung entsteht.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr.

Mannheim, im Juni 1857.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 26.**

I.

Ueber Bestrafung unbefugten Schriftverfassens in gerichtlichen Sachen.

Das allgemeine Wochenblatt für sämmtlich badische Lande vom Jahr 1794, No. 30 enthielt folgende Verordnung vom 21. Juni 1794:

„Kein von der Advokatur abgekommener und überhaupt kein fürstlicher Diener, welchem es nicht Amtshalber zusteht, oder besonders erlaubt ist, soll bei inländischen Gerichten weder unter eigenem, noch unter der Parthie, noch unter dem Namen eines andern Advokaten practiciren, bei Strafe das erstemal von 10 Reichsthalern, sowohl für diesen practicirenden, als für den, demselben seinen Namen geliehen habenden Advokaten, das zweitemal von 20 Reichsthalern und bei weiterer Wiederholung bei höherer Geld- und anderer Strafe, vorbehältlich jedoch der Dispensationsertheilung, falls Jemand mit dessen Amt es nicht unvereinbarlich ist, für einen nahen Verwandten oder einen Freund unentgeldlich arbeiten wollte,"

Alphabetischer Auszug II. Theil „Advokaten" §. 3. S. 22. 23.

Diese Verordnung wurde durch Erlaß vom 24. Juli 1807 (gegeben im großherzoglichen geheimen Rath, Departement der Justiz) auf die neu erworbenen Lande ausgedehnt und zugleich dahin näher bestimmt und modificirt: „Das Schriftverfassungsrecht, welches, die sub. b. u. c. benannten Fälle ausgenommen, die Prokuration eines Advokaten nicht ausschließt, hat Niemand als:

a) diejenigen Staatsbürger, welche im juristischen Fach einen akademischen Grad, oder die Reception der Rechtspraktikanten erlangt haben, jedoch beide nur so lange sie nicht als besoldete Diener des Staats irgendwo activ angestellt worden sind;

b) diejenige, welche förmlich als Anwälte recipirt sind, und zwar nicht nur unter ihrem eigenen Namen bei denjenigen Collegien, wohin sie recipirt sind, sondern auch bei den andern Collegien, unter der Procuration der dabei angestellten Anwälte;

c) diejenigen rechtsgelehrten Diener oder Privatpersonen im Lande, welche mit einer Partei so nah, als der §. 67 der O.G.O. es vorschreibt, verwandt sind; diese dürfen, wenn sie am Orte des betreffenden Dicasteriums wohnen, in Vertretung einer derlei ihnen verwandten Person zugleich auch procuriren;

d) alle, welche aus irgend einem Grunde besondere landesherrliche Erlaubniß ausgewirkt haben.

Damit nun alle diejenige, welche nicht in eine dieser Categorien gehören, von der Schriftverfassung ausgeschlossen sein mögen, so sollen ꝛc." (Folgen nun verschiedene dienstliche Anordnungen.)

Reggsbl. 1807 No. 28.

Der spätere Erlaß des großh. Justizministeriums vom 24. Juni 1814, die Einreichungsart der Gesuche betreffend, Reggsbl. 1814 No. 12 spricht sich — wie der Erlaß des großh. Finanzministeriums vom 15. April 1814 (Sir G.B. No. 9) nur gegen Uebergehung der untergeordneten Stellen aus. *)

*) Der Staatsministerial-Erlaß vom 1. April 1819 (Reg.Bl. No. 15) nimmt nur auf Advokatentaxen in nichtprozessualischen Sachen Bezug. Die Verordnungen des großh. Ministeriums des Innern vom 26. September 1820 (Reg.-Bl. No. 16) und vom 4. Mai 1821 (Reg.-Bl. No. 9), welche nicht selten auch von Seiten der Gerichte gegen unbefugte Schriftverfasser angewendet werden, beziehen sich nach ihrer Aufschrift und nach

Digitized by Google

Die Pr.O. beantwortet in den §§. (127 bis 130. jetzt) 123—126, die Frage, wer das Schriftverfassungsrecht habe und bestimmt in §. (125 jetzt) 121:

„Wenn Jemand, der nicht das Schriftverfassungsrecht in gerichtlichen Sachen von der Staatsbehörde erhalten hat, die gerichtliche Vertretung fremder Personen zu seinem Gewerbe macht, so steht dem Gerichte, bei welchem er auftritt, das Recht zu, bei dem vorgesetzten Gerichtshofe anzutragen, daß ihm die Vertretung fremder Parteien untersagt werde."

Durch einen Bericht des Hofgerichts des Oberrheinkreises veranlaßt, forderte das großh. Justizministerium durch Erlaß vom 3. September 1841 No. 4073 die 3 anderen Hofgerichte zur gutächtlichen Aeußerung darüber auf, ob die landesherrliche Verordnung vom 24. Juli 1807, wonach die Verfassung gerichtlicher Schriften durch unberechtigte Personen bei Strafe untersagt ist, durch die Pr.O., welche ein allgemeines Vertretungsrecht einräumt, und eine Strafe für das unbefugte Schriftverfassen nicht ausspricht, als aufgehoben erscheine.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises beantwortete jene Frage dahin, daß es die Verordnung vom 24 Juli 1807 keineswegs als aufgehoben betrachte, soweit sie die Verfassung von Schriften Allen verbietet, welche dazu nicht ausdrücklich für berechtigt erklärt wurden, und begründete seine Ansicht, wie folgt:

„Wenn auch der §. (124) 120 Pr.O., wonach Jeder als Bevollmächtigter bestellt werden kann, der überhaupt fähig ist, vor Gericht aufzutreten, auf den ersten Anblick ein allgemeines Vertretungsrecht, also auch das Recht, eine Partei schriftlich zu vertreten einzuräumen scheint, so ergibt sich doch aus einer näheren Betrachtung und Vergleichung der folgenden §§., daß die Pr.O. auch hinsichtlich der Zulassung von Vertretern sehr genau zwischen dem mündlichen und zwischen dem schriftlichen Verfahren unterscheidet. Es handeln nämlich:

1) Die §§. (123. 124 und 125) 119. 120. 121, wie die ersten Worte des §. (123) 119 zeigen, von dem Falle, wo mündliche Verhandlungen stattfinden, und
2) der §. (126) 122 beginnend mit den Worten: „Wo schriftliche Verhandlungen stattfinden" spricht von der Vertretung bei schriftlichen Verhandlungen.

Der §. (126) 122 sagt insbesondere, daß beim schriftlichen Verfahren die Partei die Wahl habe, ihre Schriften selbst zu verfassen oder durch einen bevollmächtigten Anwalt verfassen zu lassen, und der §. (127) 123 sagt weiter, daß die Anwälte das Schriftverfassungsrecht haben müssen.

Wenn aber hiernach in Bezug auf Einreichung schriftlicher Vorträge deutlich verfügt ist, daß die Partei nur die Wahl habe unter den Anwälten, d. h. unter den schriftverfassungsberechtigten Personen, so ist es klar, daß hierdurch der §. (124) 120 auf die mündlichen Vorträge und auf das persönliche Erscheinen vor Gericht beschränkt ist, wie es auch schon die Stellung dieses §. mit sich bringt. Demnach kann zwar Jeder den Andern beim mündlichen Verfahren vertreten, er darf aber darum nicht auch Schriften verfassen, selbst solche nicht, die etwa beim mündlichen Verfahren eingereicht werden. Vrgl. §. (216) 217.

Denn es ergibt sich sattsam aus §. (126) 122, daß man das Schriftverfassen überhaupt Niemand gestatten wollte, der nicht ausdrücklich für dazu befugt erklärt ist, indem es ungereimt wäre, zwischen solchen Schriftsätzen, welche im mündlichen Verfahren und zwischen solchen, welche im schriftlichen Verfahren übergeben werden, eine Unterscheidung zu machen, und weil die Pr.O. in Bezug auf die Verfassung von Schriften augenscheinlich die früheren gesetzlichen Bestimmungen aufrecht erhalten, aber nicht aufheben oder weiteren Beschränkungen unterwerfen wollte, als derjenigen, die in §. (124) 120 liegt und wie gezeigt, nur auf mündliche Vorträge anwendbar ist.

Hiermit stimmt auch v. Weiler, Motive S. 8 vollkommen überein."

Dem großh. Hofgerichte des Oberrheinkreises wurde sodann auf seinen Bericht von dem großh. Justizministerium durch Erlaß vom 12. November 1841 No. 5234 bemerkt, daß die landesherrliche Verordnung vom 24. Juli 1807, wodurch die Verfassung gerichtlicher Schriften allen dazu nicht besonders ermächtigten Personen unter Strafandrohung untersagt ist, durch die Pr.O. nicht aufgehoben und daher sowohl von den übrigen Hofgerichten, als von dem Ministerium selbst seither stets zur Anwendung gebracht worden sei.

Sonach ist:

1) der §. 221 der Pr.O. nicht auf unbefugtes Schriftverfassen, sondern nur auf Vertretung von Parteien bei mündlichen Verhandlungen vor Untergerichten anwendbar;
2) das unbefugte Schriftverfassen mit Geldstrafen zu

dem Wirkungskreis der Behörde, von welcher sie herrühren, nur auf außergerichtliche Vorstellungen und Bittschriften.

Digitized by Google

ahnden, indem die altbadische Verordnung vom 21. Juni 1794, welche dem, unbefugterweise Parteischriften verfassenden, öffentlichen Diener solche Strafen androht, durch die Verordnung vom 24. Juli 1807 nicht allein auf alle Lande des Großherzogthums, sondern auch auf Alle, welche unbefugterweise Schriften, zur Einreichung an die Gerichte bestimmt, verfassen, ausgedehnt worden ist;

3) auf unbefugtes Schriftverfassen in gerichtlichen Sachen nur die Verordnung vom 24. Juli 1807, dagegen alles das nicht anwendbar, was gegen unbefugte Verfasser von außergerichtlichen Vorstellungen und Bittschriften oder bezüglich der von Berechtigten verfaßten Schriften in nichtprocessualischen Sachen verordnet ist;

4) von strafbarem Schriftverfassen wohl nur bei wirklichen Prozeßschriften die Rede, nicht aber auch dann, wenn sich ein Forderungsberechtigter einfache Bitten um bedingten Zahlungsbefehl, um Liquiderkenntniß oder Bitten um Vollstreckung im bedingten Mandatsprozeß durch einen in Führung der Feder Stärkeren schreiben läßt und solche dann nach Beisetzung seiner Unterschrift, um sich einen Gang zu sparen, an das Amt einsendet. Denn zur Verfassung solcher Bitten bedarf es keiner Rechtskunde, also:

a) liegt in derselben kein Eingriff in das Gebiet der Anwaltschaft, keine Ausübung einer steuerbaren Berechtigung;

b) wird der Forderungsberechtigte, welcher im Wege des gerichtlichen Mandatsprozesses gerichtliche Hilfe sucht, dadurch, daß derjenige, welcher ihm eine solche Bitte zur Einreichung bei Gericht niederschreibt, des Rechts nicht kundig ist, in keiner Weise gefährdet;

sonach liegt hier keiner der Gründe vor, welche im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen das Schriftverfassen Unkundiger gebieten. Stf.

II.

Die Pfandgerichtsmitglieder, welche in dem Zeugnisse des L.R.S. 2127 a die Zusicherung geben, daß ein Gebäude Eigenthum des Verpfänders sei, haften dafür, daß auch der darunter befindliche Grund und Boden zu dem Eigenthum des Verpfänders gehöre, wenn sie das Gegentheil nicht ausdrücklich in ihrem Zeugnisse erwähnen.

L.R.S. 2118. 552. 553.

In der Gemeinde Zell steht eine große Reihe von Häusern auf Allmendgut. Eines dieser Häuser wollten die Kistner'schen Eheleute behufs der Aufnahme eines Darlehens verpfänden. Das Pfandgericht bezeichnete in dem von ihm unterzeichneten Extractus das Haus als ein wahres Eigenthum der Entleiher, und erwähnte dabei nicht, daß der Grund und Boden, auf welchem das Haus steht, Eigenthum der Gemeinde Zell sei. Daraufhin kam der Pfand- und Darlehensvertrag zu Stande.

Die Entleiher waren in der Zinszahlung säumig, und so kam es zur Versteigerung des Hauses, wobei ein weit unter dem Schätzungswerthe stehender Erlös erzielt wurde. Hiedurch gerieth der Darleiher in nicht unbeträchtlichen Schaden. Er belangte nun die Unterzeichner des Extractus wegen Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses auf den Grund des L.R.S. 2127 a; weil sie durch die Beurkundung, daß die zu verpfändenden Gegenstände wahres Eigenthum des Entleihers, und daß wegen Rückfalls derselben nichts im Grundbuche eingetragen sei, den Darleiher getäuscht hätten.

Die Beklagten gaben zu, daß in der Gemeinderegistratur eine Renovationsurkunde aufbewahrt werde, in welcher unter Andern auch das Kistner'sche Haus als auf Allmendgut stehend eingetragen, und daß es ihnen wohl bekannt gewesen sei, daß der Grund und Boden, auf welchem dieses Haus stehe, nicht Eigenthum des Kistner, sondern der Gemeinde sei. Sie bestritten aber, daß sie durch die Nichtanführung dieses Umstandes ein Versehen begangen hätten, indem ja nur Haus und Scheuer, nicht auch der Grund und Boden, auf welchem solche stehen, als zu verpfändende Gegenstände bezeichnet worden seien. Sie behaupteten, daß vielmehr das Versehen auf Seite des Pfandgläubigers gewesen sei, weil dieser die Verpfändung des Grund und Bodens nicht besonders sich ausbedungen habe.

Der Unterrichter verurtheilte die Beklagten zur Zahlung des Mehrwerths, welchen die verpfändeten Gebäude hätten, wenn der Grund und Boden, worauf sie stehen, dazu gehörte. Hiergegen haben die Beklagten appellirt. Das mittelrheinische Hofgericht hat jedoch das Urtheil des Amtes Bühl bestätigt, und zwar aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Der Unterrichter hat bereits in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheile angeführt, „daß wenn Jemanden ein Wohnhaus nebst Scheuer und Stallung verpfändet wird, es sich regelmäßig von selbst verstehe, und der Darleiher zu der Annahme vollkommen berechtigt sei, daß ihm nicht nur das Uebergebäude, sondern auch der Grund und Boden, auf welchem dieselben stehen, mitverpfändet werden."

Dies ist ganz richtig, und das unterrichterliche Urtheil dadurch vollkommen gerechtfertigt.

Die Beklagten, welche gegen dieses Urtheil appellirt haben, suchen im zweiten Rechtszuge darzuthun, eine gesetzliche Vermuthung bestehe nur dafür, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens auch Alles zu eigen habe, was über und unter der Oberfläche ist, und daß es eine eigene Verschuldung des Darleihers gewesen sei, wenn er sich Grund und Boden nicht besonders habe verpfänden lassen, daß somit im Zweifel nach L.R.S. 1162 der Verpfändungsvertrag zu seinen Ungunsten auszulegen sei. Zugleich haben die Beklagten einen Beweis über die von ihnen neu vorgetragene Behauptung angetreten, daß eine ganze Reihe von Häusern in Zell auf Allmendgut stehe, und bei der Verpfändung dieser Gebäude sich ganz von selbst verstehe, daß Grund und Boden nicht mitverpfändet werde, während bei der Verpfändung solcher Gebäude, welche auf des Verpfänders eigenem Grund und Boden stehen, dieses Eigenthums ausdrücklich gedacht werde.

Diese Ausführungen sind jedoch nicht geeignet, den Appellanten im zweiten Rechtszuge den Sieg zu verschaffen.

Denn wer verpflichtet ist, ein dienstliches Zeugniß auszustellen, hat damit auch die Obliegenheit, dieses Zeugniß in solchen Ausdrücken abzufassen, daß dasselbe allgemein verständlich ist. Die von der Pfandschreiberei auszustellenden Zeugnisse über die Beschaffenheit der zu verpfändenden Grundstücke müssen somit ebenfalls allgemein verständlich und in unverfänglichen Ausdrücken abgefaßt sein. Diese Urkunden dienen dem Darleiher zur Prüfung der Güte der ihm zu verpfändenden Objekte, und die Gründe des Mißtrauens, welche einen Contrahenten im täglichen Handel und Wandel zu besonderer Vorsicht bei dem Abschlusse von Geschäften auffordern, weil jeder Contrahent hiebei nur seinen eigenen Vortheil wahrt, fallen da weg, wo Jemand mit Behörden in Verbindung tritt, welchen eine besondere Verpflichtung zur Wahrheit und nicht die Förderung der Interessen einer Partei obliegt. Der L.R.S. 1162 steht daher dem Kläger nicht entgegen, und er hat sich kein Versehen zu Schulden kommen lassen, wenn er das Pfandschreibereizeugniß so auffaßte, wie es nach allgemeinem Sprachgebrauche, nach Herkommen und Billigkeit verstanden und ausgelegt werden muß.

Gerade weil in Zell ein Theil der Häuser nicht auf des Hauseigenthümers Grund und Boden, sondern auf Allmendgut steht, wäre es die Verpflichtung der Pfandschreiberei gewesen, in ihrem Zeugnisse dieses Umstandes Erwähnung zu thun. Denn dieses außergewöhnliche Vorkommniß kann wenigstens eine nicht in Zell wohnende Person nicht vermuthen.

Wenn endlich die Appellanten sich darauf stützen, daß eine gesetzliche Vermuthung nicht dafür spreche, daß das Eigenthum an einem Gebäude Alles umfasse, was unter einem Gebäude sei (L.R.S. 552), so spricht dagegen der L.R.S. 553 (wonach „von allen Gebäuden, die sich auf oder unter dem Boden befinden, zu vermuthen ist, daß sie auf Kosten des Grundeigenthümers angelegt worden sind, und ihm zugehören, so lange nicht das Gegentheil erwiesen ist") wenigstens doch die Vermuthung aus, daß Grundeigenthum und Uebergebäude nicht verschiedenen Eigenthümern gehören. Wenn daher bezüglich eines Gebäudes die Versicherung ausgesprochen wird, daß es Eigenthum einer bestimmten Person sei, so darf bei dem Fehlen des Beisatzes daß Grund und Boden in eines Andern Eigenthum sei, mit Recht angenommen werden, die Versicherung habe auch dahin gegeben werden wollen, Grund und Boden, auf welchem das Haus steht, gehöre zu dem Hause.

Ottendorff.

III.

Die Gerichte sind nicht befugt, zu untersuchen und zu entscheiden, ob Grund vorlag, das Diener-Edikt vom Jahre 1819 gegen einen Staatsdiener zur Anwendung zu bringen, und ob dasselbe von der betreffenden Dienstbehörde gegen den fraglichen Staatsdiener gerecht zur Anwendung gebracht worden ist.

Die Anklage gegen den geistlichen Rath Dr. Schleyer wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung,

Digitized by Google

welche die Veranlassung zu der in diesen Blättern mehrfach gegebenen Erörterung des §. 14 des Kirchenconstitutionsediktes war, wurde nach öffentlich gepflogener Verhandlung durch Schuldigerklärung des Angeklagten erledigt.

Die Verhandlung gab zur Erörterung einer Streitfrage Anlaß, deren Beantwortung im einzelnen Falle von wichtigen Folgen sein kann.

Der Angeklagte hatte in seinem Buche: „die Universität Freiburg, Aktenmäßige Darstellung meiner Entfernung vom theologischen Lehramte an derselben" erzählt, daß die großh. Regierung das Staatsdieneredikt vom Jahre 1819 gegen ihn angewendet und ihn in Folge dieses Verfahrens aus dem Staatsdienste entlassen habe. Er behauptete, daß er wegen seiner Vertheidigung des katholischen Charakters der Universität Freiburg, oder, wie er S. 127 sagt, weil man ihn zu Karlsruhe für den eigentlichen Urheber des Kirchenconflikts wegen des bekannten Trauergottesdienstes gehalten, in Untersuchung genommen, und von der Universität Freiburg entfernt habe. Die Anklage sah hierin eine Entstellung der Wahrheit im Sinne des §. 631a des Str.G.B. Sie behauptete, und zwar auf den Grund von Aktenstücken, welche Dr. Schleyer in seinem Buche selbst abgedruckt hatte, daß das dienstpolizeiliche Einschreiten gegen ihn in Wirklichkeit durch dessen Verhalten gegen seine Collegen an genannter Universität, wobei derselbe insbesondere unter Anderen dem Senat unbegründeterweise die Unterschiebung unächter, angeblicher Senatsbeschlüsse vorgeworfen habe, ferner durch einen die schuldige Achtung vor der großh. Regierung gröblich verletzenden Artikel des Angeklagten im deutschen Volksblatte und endlich durch beharrlichen Ungehorsam desselben gegen die Anordnungen der großh. Regierung herbeigeführt worden sei.

Der Angeklagte machte zu seiner Vertheidigung geltend, daß Alles, dessen er den academischen Senat beschuldigt habe, wahr sei, und daß Alles, was über ihn von dem Senate und von dem großh. Ministerium des Innern zum großh. Staatsministerium vorgetragen worden, unwahr sei, daher auch nicht der entfernteste Grund zu einer dienstpolizeilichen Untersuchung gegen ihn vorhanden gewesen, und daß das Dieneredikt in ungerechter Weise gegen ihn zur Anwendung gebracht worden sei. Hierüber begehrte er einen richterlichen Ausspruch und berief sich zum Beweise seiner Behauptungen auf die einschlägigen Akten der Universität Freiburg und des großh. Ministeriums des Innern.

Diese Behörden stellten ihre Akten auf das Bereitwilligste dem Gerichte zur Verfügung.

In der mündlichen Verhandlung wies der Vertreter der Staatsbehörde nach, daß das Verfahren der großh. Regierung gegen Dr. Schleyer der Sache und dem Gesetze angemessen gewesen sei. Zugleich bestritt er aber auch den Gerichten die Befugniß, eine dienstliche Kritik über das Verfahren einer Administrativ- oder Administrativ-Justiz-Behörde abzugeben, welche innerhalb des ihr organisationsmäßig zugewiesenen Geschäftskreises gehandelt habe, und suchte auszuführen, daß jeder Zweig der Staatsverwaltung innerhalb seiner Sphäre souverän, keiner dem andern untergeordnet, und die Verfügungen und Erkenntnisse einer untergeordneten Behörde nur und allein der Kritik und der Entscheidung der höheren Behörden *desselben* Dienstzweiges unterworfen seien.

Die Stelle der Entscheidungsgründe, welche sich über diesen Theil der Verhandlung verbreitet, lautet folgender Maßen:

Der Angeklagte, welcher sich zum Beweise seiner Behauptungen auf die einschlägigen Akten der Universität Freiburg und des großh. Ministeriums des Innern berufen hat, verlangt eine Untersuchung und Entscheidung darüber, ob die Sache von Anfang an nicht so, wie er sie darstellt, sich verhalten, und ob folgeweise der angenommene Grund zum dienstpolizeilichen Einschreiten gegen ihn nicht wegfalle.

Eine solche Untersuchung und Entscheidung kann jedoch durch die Gerichte nicht stattfinden. Die Frage, ob gegen einen öffentlichen Diener ein dienstpolizeiliches Einschreiten nothwendig falle, steht organisationsmäßig den oberen und obersten Behörden des betreffenden Dieners zu: und die von diesen zuständiger Weise gegebenen Erkenntnisse, welche durch die geordneten Rechtsmittel nicht abgeändert worden sind, können einer anderweiten Untersuchung und Prüfung durch die Gerichte nicht unterliegen.

Im Falle des Angeklagten haben nach dessen eigener Darstellung diejenigen Behörden, denen die Entscheidung zukam, erkannt; und deren Aussprüche können einer weiteren Anfechtung nicht unterzogen werden. Deßhalb kann die Frage, ob anfänglich Grund zu dienstpolizeilichem Einschreiten gegen den Angeklagten vorgelegen, und ob das ganze nachmalige Verfahren gegen denselben gerechtfertigt gewesen sei, hier nicht Gegenstand richterlicher Untersuchung sein.

Digitized by Google

Sind aber die vorliegenden Entscheidungen der betreffenden Verwaltungsbehörden maßgebend, über deren Inhalt kein Widerstreit obwaltet, dann steht fest, daß die Gründe, welche das Einschreiten gegen den Angeklagten und dessen Entfernung von der Universität Freiburg veranlaßt haben, nicht die von dem Angeklagten vorgegebenen, sondern die von der großh. Staatsbehörde dargestellten sind." Ottendorff.

IV.

Zum Thatbestande des §. 566 des St.G.B. gehört entweder eine vorsätzliche Beschädigung der Eisenbahn, oder eine vorsätzliche Gefahrbereitung der Reisenden oder des Personals der Eisenbahn.

Der schlecht beleumundete Joseph Vogel von Ettlingen wollte im November v. J. den von Carlsruhe in das Oberland gehenden Abendzug benützen, um nach Hause zu reisen. Wegen seiner offenbaren Trunkenheit wurde er von dem Fahrpersonale zurückgewiesen. Es gelang ihm jedoch sich heimlich in einen mit Kohlen und Holz beladenen Wagen zu begeben. Unterwegs warf er an zwei Stationen, an welchen der Zug vorüberkam, etwa 60 Scheiter Holz von dem Wagen herab, welche theils auf den Bahnkörper, theils neben den Bahndamm zu liegen kamen. Noch am nemlichen Abend äußerte Vogel in ganz glaubhafter Weise, daß er dieses gethan habe um dem Conducteur eine Verlegenheit zu bereiten.

Eine eigentliche Beschädigung der Eisenbahn war durch das Herabwerfen des Holzes nicht bewirkt worden, und ebenso war eine Gefahr für Leben und Gesundheit Anderer nicht eingetreten, da, ehe der nächste Zug kam, die auf die Bahn gefallenen Scheiter von dem diensthuenden Personale weggeräumt worden waren.

Hatte nun Vogel durch seine That sich eines der im 2. Theile des 39. Titels des St.G.B. gezeichneten Verbrechen schuldig gemacht?

Der §. 566 bedroht zwei Gattungen von Handlungen mit Strafe:

1) Vorsätzliche **Beschädigung** einer Eisenbahn in einer Weise, daß dadurch Leben oder Gesundheit Anderer in Gefahr gesetzt wird. Hier ist der Vorsatz nur auf die Beschädigung der Eisenbahn gerichtet. Zu welchem Zwecke dieses geschah ist ganz gleichgiltig, und durchaus nicht nothwendig, daß der Zweck der Beschädigung der Eisenbahn in der Bereitung der Gefahr für Leben und Gesundheit Anderer bestehe. Dieß wird aber als ein Theil des Thatbestandes dieses Verbrechens angenommen werden müssen, daß der Handelnde wußte, es werde möglicher Weise durch seine Handlung Leben und Gesundheit Anderer gefährdet sein. Begleitete den Thäter eine solche Kenntniß nicht, so fällt die Beschädigung einer Eisenbahn in die Cathegorie anderer Beschädigungen fremder Sachen. (Tit. 40.) Die Gemeingefährlichkeit der Handlung ist es, was diese Art von Beschädigungen zu einer gesetzlich ausgezeichneten Art des Verbrechens der Beschädignng fremder Sachen stempelt. Deßwegen soll die Eisenbahn in allen jenen Theilen, deren unbeeinträchtigte Existenz die Sicherheit der Reisenden und des Fahrpersonales erfordert, durch vorzugsweise strenge Strafdrohungen in ihrer Integrität geschützt werden. Damit den Thäter aber diese strengere Strafe treffen könne, muß man von ihm annehmen dürfen, daß er die Gemeingefährlichkeit seiner beschädigenden Handlung gekannt habe. Denn wie gegen Jemanden der Erschwerungsgrund des §. 571 Str. G.B. nicht angenommen werden darf, wenn er nicht gewußt hat, daß ein Denkmal, ein Stein, den er beschädigt hat, ein Grabdenkmal, ein Grenzstein sei, so kann Niemand, der eine Eisenbahn beschädigt, mit der höhern Strafe belegt werden, wenn er nicht gewußt hat, daß diese Beschädigung gemeingefährlich werden könne. Ob der Thäter bei seiner Handlung das Bewußtsein der Gefährlichkeit derselben hatte, ist nur eine Beweisfrage. Der Beweis dieser Kenntniß aber wird aus dem Stande der Bildung und der Erfahrungen des Thäters entnommen werden müssen. —

Dagegen ist es nicht nothwendig, daß der Thäter den Vorsatz*) hatte, Andere zu gefährden, mag er

*) v. Kettenacker (die Verbrechen des neuen St.G.B., Begriff und Thatbestand. §. 68), fordert, „daß der Thäter mit Vorsatz — mit dem wirklichen Bewußtsein, daß er das Leben oder die Gesundheit Anderer gefährde, handle." Vorsatz und Bewußtsein sind verschiedene Begriffe. Vorsatz (§. 97 St.G.B.) schließt Absicht (Wille) und Zweck des Handelnden (Richtung des Willens auf den Erfolg der Handlung) in sich. Die Kenntniß eines eintretenden Erfolges (Bewußtsein der Gefährdung) setzt nicht eine Absicht zu Gefährden voraus. Dieser Erfolg kann eine dem Handelnden bewußte, und gleichwohl vollkommen gleichgültige Folge seiner Handlung sein die er nicht beachtet, über die er sich hinaussetzt, weil er mit seiner Handlung einen andern ihm näher liegenden von

Digitized by Google

die Beschädigung als Mittel zu dem Zwecke der Gefährdung wählen, oder Beschädigung und Gefährdung als gleichzeitig angestrebte Zwecke verfolgen. Beabsichtigt er die Gefährdung als Zweck seiner That, dann fällt diese in die

2) zweite Gattung der im §. 566 gezeichneten Verbrechen, welche dadurch begangen werden, daß Jemand durch irgend eine Handlung Leben und Gesundheit Anderer auf einer Eisenbahn gefährdet, und zu dem Zwecke der Gefährdung die Handlung unternimmt. Zu dem Thatbestande der Verbrechen erster Gattung gehört daher der Vorsatz der Gefährdung nicht, die Gefahr muß nur Folge der Handlung sein; bei den Verbrechen zweiter Gattung muß Gefährden und Gefahr, Absicht und Erfolg vorhanden sein, um den Thatbestand des vollendeten Verbrechens darzustellen.

Ist diese Auffassung des §. 566 des Str.G.B. richtig, dann hat sich Vogel des darin gezeichneten Verbrechens nicht schuldig gemacht. Wäre in Folge des Herauswerfens der Holzscheiter auf die Bahn, wodurch Vogel dem Heizer das Brennmaterial entziehen, oder dem Zugführer oder einem Conducteur in anderer Weise Verlegenheiten und Unannehmlichkeiten bereiten wollte, Wagen des gerade fahrenden oder eines anderen Zuges aus dem Geleise gekommen, und so ein Unglück entstanden, so würde der eingetretene Erfolg schon aus dem allgemeinen, in §. 101 aufgestellten Grundsatze, auch abgesehen von der Vorschrift in §. 569 St.G.B. dem Vogel zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden müssen. Allein ein solcher Erfolg ist nicht eingetreten.

Die Anklagekammer des mittelrheinischen Hofgerichtes hat diesen Fall in folgender Weise erledigt:

„In Erwägung, daß nach Str.G.B. §. 566 nicht nur derjenige, welcher vorsätzlich eine Eisenbahn auf eine Weise beschädigt, wodurch Leben und Gesundheit Anderer in Gefahr gesetzt wird, sondern auch derjenige, welcher durch eine andere Handlung eine solche Gefahr auf einer Eisenbahn vorsätzlich bereitet, sich des hier vorgesehenen Verbrechens schuldig macht, daß aber hierbei vorausgesetzt wird, daß der Thäter im Bewußtsein der Gefährlichkeit seiner Handlung diese absichtlich verübt habe, um einen für Leben und Gesundheit Anderer gefährlichen Erfolg herbei zuführen;

in Erwägung, daß nun im vorliegenden Falle eine Beschädigung der Eisenbahn nicht eintrat;

in Erwägung, daß es zwar nach dem Ergebnisse der Untersuchung keinem Zweifel unterliegt, daß der Angeschuldigte am 12. November v. J. von einem mit Kohlen und Holzscheiten beladenen Wagen etwa 60 Scheiter Holz bei den Eisenbahnstationen No. 101. 102 theils auf, theils neben den Bahndamm warf, daß aber kein genügender Beweis dafür vorliegt, daß er dieß mit jenem Bewußtsein und mit jener gefährlichen Willensrichtung gethan habe;

in Erwägung, daß jedoch der Angeschuldigte durch diese rechtswidrige Handlung immerhin zureichende Verdachtsgründe zur Einleitung der Untersuchung gegeben hat,

nach Ansicht des Einf. Ges. §. 79 und Str.Pr.O. §. 355 wird erkannt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten vorhanden, der Angeschuldigte jedoch zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens zu verurtheilen sei." Ottendorff.

---

ihm beabsichtigten Zweck erreichen will. Die Ansicht v. Kettenackers über den Thatbestand des fraglichen Verbrechens scheint mir daher nicht richtig zu sein. Otf.

V.

Reinigungseid.

Zum Gesetz vom 21. Februar 1851, die Ernährung der unehelichen Kinder betr.

(Annalen XXIV. 55. 174.)

Die Stephania G. war Dienstmagd bei Friedrich F. in L., sie wurde wegen Schwängerschaft entlassen. Der aufgestellte Vormund des bald darauf geborenen Kindes erhob gegen Friedrich F. eine Klage auf Alimentation. In erster Instanz wurde die Klage lediglich abgewiesen; es war nicht der mindeste Beweis eines unsittlichen Verhältnisses zwischen Dienstherr und Magd erbracht.

In zweiter Instanz berief sich der Vormund auf die Existenz eines Zeugnisses, welches sich Friedrich F. von der St. G. vor dem Dienstaustritt hatte ausstellen lassen. Dasselbe lautet wörtlich:

„Ich Endesunterzeichnete bekenne, daß ich von „meinem Dienstherrn in jeder moralischen Hinsicht „rein und unbefleckt bin, so daß ich niemals wegen „des hier ausgesprochenen Gerüchtes, als sei ich „schwanger, den Dienstherr F. F., sete es für mich „oder im Fall der Geburt eines Kindes irgend et„was an Geld oder sonst etwas vom geringsten „Werth beanspruchen kann.

„Vorgelesen und anerkannt mit eigenhändiger „Unterschrift.

„L. den 24. Septbr. 1855.

„gez. Stephania G.“

Klägerischerseits wurde behauptet, durch das Abverlangen dieser Urkunde, deren Text Beklagter selbst geschrieben habe, seie so viel Beweis erbracht, um die Mutter des Kindes zum Notheid zuzulassen. Statt dessen ist auf Reinigungseid erkannt worden. Die Entscheidungsgründe des hofgerichtlichen Urtheils vom 16. August 1856, soweit hierher gehörig, sind folgenden Inhalts:

„— Wenn man auch annehmen wollte, daß der Beklagte die Stephanie G. deßhalb, wie er selbst zugesteht, zur Unterzeichnung der vorgelegten Urkunde vom 24. September v. J. veranlaßt habe, um etwa einer ihn des unsittlichen Verhältnisses mit seiner Magd bezüchtigenden Gerüchte leichter entgegen treten zu können, so offenbart sich doch gerade aus dem in jener Urkunde ausgesprochenen Verzicht der Beiklägerin auf alle etwaigen Klagrechte für sich und ihr dereinstiges Kind ein solches Bestreben des Beklagten sich nach jeder Seite zu decken, daß dieß ihn eher mit dem Verdachte, sich mit der Stephanie G. vergangen zu haben, belastet, als davon freispricht, da er bei gutem Gewissen sich nicht hätte veranlaßt sehen können, einen solchen Verzicht zu verlangen oder auch nur anzunehmen, wenn er nicht Grund gehabt hätte, seiner Zeit eine Klage befürchten zu müssen.“

Der Beklagte hat den Eid nicht geschworen, sich vielmehr mit den Klägern abgefunden. v. Blittersdorff.*)

*) Referendar in Lahr.

VI.

Grenzsteinfälschung.

(Str.G.B. §. 438.)

Ein gewisser L. Bruder hatte zwischen seinem Acker und jenem des Chr. Klasterer, ohne Zustimmung des Letzteren, zwei neue Grenzsteine gesetzt, die seiner Versicherung nach lediglich den Zweck hatten, seinem Knechte beim Pflügen zur Richtschnur zu dienen.

Als dieser Vorgang auf Anzeige der Nachbarn beim Bürgermeisteramte zur Erörterung kam, erklärte sich Bruder sogleich bereit, die Steine wieder zu entfernen.

Die gerichtliche Untersuchung selbst hat keine Beweise dafür geliefert, daß Bruder ächte Grenzsteine weggeschafft und die neuen etwa so gesetzt habe, daß dadurch der Nachbar in seinem Eigenthum beeinträchtigt worden wäre.

Es entstand deßhalb die Frage: ob dadurch, daß man falsche Steine auf die rechte Grenze setzt, um sich damit den Beweis dieser wahren Grenze zu sichern, ohne den Nachbarn zu verkürzen, das Verbrechen der Grenzsteinfälschung begangen werde?

Das großh. Hofgericht bejahte diese Frage und erklärte den L. Bruder des gedachten Verbrechens für schuldig, wogegen das großh. Oberhofgericht ein freisprechendes Urtheil gab, weil dem Angeschuldigten weder die Absicht, sich einen Theil des Eigenthums seines Nachbarn zuzueignen, noch jene, sich solche Beweismittel für die wahre Grenze zu verschaffen, nachgewiesen war, wie die Majorität annahm.

Anders wurde die Sache von der Minorität angesehen, welche den Rekurrenten durch die Schuldigerklärung nicht beschwert fand, weil jedenfalls so viel gewiß sei, daß er falsche Grenzsteine zwischen sein Eigenthum und das seines Nachbarn gesetzt hat.

Diese Handlung habe nemlich, ihrer Natur nach, keinen andern Zweck haben können, als sich ein Beweismittel, wenn auch nur über die wahre Grenze, zu verschaffen. Schon diese Handlung werde aber durch das Gesetz (St.G.B. §. 438 a. E.) mit Strafe bedroht, weil das eigenmächtige Setzen von Grenzsteinen, als ein an sich gemeingefährliches und verbotenes Unternehmen ohne dolus von Seiten des Eigenthümers gar nicht denkbar sei, sollte auch die böse Absicht nur darin bestehen, sich ohne Mitwirkung der Nachbarn ein Beweismittel gegen diese zu verschaffen. D. R.

Anzeige.

Mit No. 27 beginnt das zweite Semester des XXIV. Jahrgangs dieser Zeitschrift, worauf die Bestellungen entweder bei den großh. Postämtern oder bei den Buchhandlungen des Landes in gefälliger Bälde gemacht werden wollen, damit kein Verzug in der Zusendung entsteht.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr.

Mannheim, im Juni 1857.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 27.**

I.

Beiträge zur Lehre von der Entschädigungspflicht der Gewähr- und Pfandgerichte.

I. Rechtsfall.

Die Friedrich Speckardt'schen Eheleute von Adelsheim nahmen im Jahre 1844 bei der Regine. Bork von Mannheim ein Darleihen im Betrage von 1300 fl. gegen Ausstellung einer Schuld- und Pfandurkunde auf.

Im Jahre 1847 verkaufte Speckardt eines der Unterpfandsstücke seiner Hypothekargläubigerin aus der Hand an Karl Knörzer um 330 fl., die in 6 Jahresterminen bezahlt werden sollten. Dieser Kauf wurde am 20. November 1847 in das Kauf- und Tauschbuch der Gemeinde Adelsheim eingetragen, und zwar außer anderen, auch mit folgenden Bedingungen:

1) Der Kaufschilling ist an Franz Joseph Hofmann in Osterburken zu bezahlen.

2) Sollte der Kaufschilling baar geschossen werden, so ist solcher an Gemeinderath Hubert zu deponiren, weil die verkaufte Wiese in einer Obligation der Regine Bork in Mannheim verpfändet ist. —

Der Gemeinderath ertheilte dem Kauf die Gewähr mit den Worten: „Wird dieser Verkauf vom Gemeinderath genehmigt, und es ist ein Auszug hievon ꝛc.

Der Verkäufer Speckardt cedirte fraglichen Kaufschilling am 4. Dezember 1847 an Franz Joseph Hofmann in Osterburken (mit dem inhaltlich des Eintrags im Gewährbuche die Cession wohl schon vorher verabredet worden war), und in dem Cessionsvertrag wurde die Bestimmung aufgenommen, daß der Cessionsbetrag von Hofmann an den Gemeinderath Hubert bezahlt werden müsse.

Dieser Cessionsvertrag wurde auch dem Käufer Karl Knörzer eröffnet, welcher sich dabei verbindlich machte, seinen Kaufschilling an Niemanden als an Franz J. Hofmann zu zahlen.

Nachdem der letztere die an ihn geschehene Cession am 15. Dezember 1847 in das Adelsheimer Unterpfandsbuch hatte eintragen lassen, und solcher von dem personell mit dem Gewährgericht identischen Pfandgerichte beurkundet worden war: — zahlte Hofmann am 18. Dezember 1847 den Betrag für den an ihn cedirten Wiesenkaufschilling an das Gemeinderathsmitglied Kaufmann Hubert mit 298 fl. 23 kr. aus, und noch am nemlichen Tage kam auch der erforderliche Auszug aus dem Kauf- und Tauschbuche über den von Speckardt an K Knörzer bewirkten Liegenschaftskauf bei dem großh. Amtsrevisorat ein. In diesem Auszuge ist auch unter die Kaufbedingungen aufgenommen, daß der Käufer den Kaufschilling an Franz Joseph Hofmann in Osterburken zu zahlen habe, und die über die Vorzugs- und Unterpfandsschulden handelnde Frage 8 ist vom Gemeinderath dahin beantwortet:

„Ja, eine Kapitalschuld, weßhalb der Kaufschilling deponirt werden muß."

II. Rechtsfall.

Unter dem 19. Januar 1848 ließ derselbe Speckardt eine Anzahl von Grundstücken in öffentlicher Versteigerung um 608 fl. verkaufen, und zwar waren diese Grundstücke ebenfalls für das Darleihen der Regine Bork speciell verpfändet worden.

Der Verkäufer ließ am 8. März 1848 das deßfallsige Versteigerungsprotokoll in das Gewährbuch der Gemeinde Adelsheim eintragen. Weder das Versteigerungsprotokoll noch dessen Eintrag enthalten eine Bestimmung darüber, an wen die 5 Steigerer ihre Kaufschillinge zu zahlen haben; in einem Randzusatze zu dem Eintrag im

Digitized by Google

Gewährbuch, der von einer andern Hand und mit anderer Dinte geschrieben ist, als der Eintrag selbst, ist aber bemerkt, daß die Kaufschillinge an Hirsch Oppenheimer in Unterschüpf zu zahlen seien. Der Gewährakt beschränkt sich darauf, daß vom Gemeinderath die Richtigkeit des Eintrags gedachten Versteigerungsprotokolls beurkundet wird.

Auch in den am 19. April 1848 bei dem Amtsrevisorat Adelsheim eingereichten Gewährbuchsauszügen ist nicht näher angegeben, an wen die Käufer ihre Kaufschillinge zahlen sollen, und die Frage 8 ist nicht mit Worten beantwortet, sondern mit dem Zeichen „ — während hinter den vorausgehenden Fragen 5. 6 und 7 Nulle stehen, durch die ein oder auch zwei schnörkelartig geformte Querstriche gehen, und die Frage 10 ausdrücklich mit „Ja" beantwortet ist.

Am 3. Mai 1848 cedirte Speckardt seine Kaufschillinge an Hirsch Oppenheimer, und in diesem Cessionsvertrage wurde festgesetzt, daß Oppenheimer den Cessionsbetrag an das Adelsheimer Pfandgericht zu zahlen habe.

Die Cession wurde sofort auch den Käufern eröffnet, die sich dabei verbindlich machten, ihre Kaufschillinge an Niemanden als an Hirsch Oppenheimer zu zahlen, und diese Eröffnung ist von dem damaligen Bürgermeister beurkundet. —

Im Oktober 1848 fand eine Abrechnung zwischen Speckardt und Oppenheimer statt, der auch Gläubiger des ersteren war, und worin die, nach Abzug seiner Forderung noch restlich verbleibende Cessionsschuld des Oppenheimer urkundlich festgestellt ward, welche dieser dann am 1. November 1848 mit 425 fl. 18 kr. an das Adelsheimer Pfandgericht auszahlte, das demselben auf der erwähnten Abrechnungsurkunde darüber Quittung ausstellte. —

Ohne Zweifel wurde der obenbemerkte Randzusatz im Kauf- und Tauschbuche von dem Rathschreiber und späteren (nunmehr landesflüchtigen) Bürgermeister Burkhardt der übrigens den Eintrag vom 8. März nicht eigenhändig vorgenommen hatte, erst später einseitig gefertigt, nachdem nemlich die Rechtsübertragung, wie angeführt, nach dem 8. März an Oppenheimer bewerkstelligt worden war.

Anhang zu beiden Rechtsfällen.

Im Jahre 1850 erwirkte die Regine Bork, welche am 24. November 1848 aus den von Hubert und dem Pfandgerichte erhobenen 298 fl. 23 kr. und 425 fl. 18 kr. abschläglich nur (übrigens von Gemeinderath Hubert und von dem Pfandgericht zusammengeschossene) 487 fl. bezahlt erhalten hatte, für ihre Restforderung den Gerichtszugriff gegen ihren Schuldner Speckardt auf diejenigen Unterpfandsstücke, welche derselbe damals noch eigenthümlich besaß. Sie wurde aber mit dem Betrage aus dem deßfallsigen Erlöse nicht gedeckt; die Bork trat daher und bei der anderweiten Vermögenslosigkeit der Speckardt'schen Eheleute mit der Pfandklage gegen Karl Knörzer, sowie die übrigen Inhaber ihrer Unterpfandsstücke auf, und siegte damit ob. Die Begründung des in diesem Rechtsstreite in II. Instanz unter dem 21. April 1855 ergangenen hofgerichtlichen Urtheils ist enthalten in Annalen XXII. S. 140—141.

Karl Knörzer und die anderen unterlegenen Beklagten, die am 19. Januar 1848 in öffentlicher Steigerung von Speckardt der Regine Bork verpfändete Grundstücke erkauft und die Kaufschillinge bereits großentheils an Hofmann beziehungsweise Oppenheimer bezahlt hatten, traten nun mit Entschädigungsforderungen auf, und machten sie gegen die früheren Mitglieder des Adelsheimer Gewähr- und Pfandgerichts klagend geltend, denen sie in dem früheren Rechtsstreite mit der Bork den Streit verkündigt hatten. —

In erster Instanz erwirkten sie auch die Beklagten, verurtheilende Erkenntnisse; allein in zweiter Instanz wurde zuerst Karl Knörzer durch Urtheil des 3. Senates des unterrheinischen Hofgerichts vom 12. Juli 1856 No. 6463 mit seiner Regreßforderung abgewiesen, und ebenso die Klage der weiteren Käufer von Unterpfandsstücken durch Urtheil desselben Senates vom 9. Mai d. J. No. 4050.

Gründe zu der Entscheidung des I. Rechtsfalls.

Die Gründe zu dem Urtheil vom 12. Juli 1856 besagen (nachdem sie hervorgehoben, daß sich Knörzer dem Verkäufer gegenüber verbindlich gemacht habe, den Kaufpreis an F. J. Hofmann zu zahlen):

Der Gemeinderath Adelsheim, welchem nur bei Zwangsversteigerungen die Pflicht oblag (?), also hier bei einem Privatkauf nicht von Amtswegen für die Berichtigung der auf dem veräußerten Grundstück haftenden Unterpfandsforderungen zu sorgen, hatte weder die Auszahlung des Kaufpreises an einen Dritten angeordnet, noch irgend

Digitized by Google

welche Verpflichtung übernommen, diesen Dritten und daß von ihm das für den Verkäufer eingenommene Geld an die Pfandgläubigerin Bork gezahlt werde, zu überwachen.

Die Partheien, welche — wenn auch auf Vorschlag des Gemeinderaths — übereingekommen waren, daß der Kaufpreis an Hofmann gezahlt werde, hatten diesem entweder den Auftrag gegeben das Geld zur Abtragung der Pfandlast zu verwenden oder nicht.

Im ersteren Falle blieb es ihnen überlassen und unbenommen, den Vollzug der Uebereinkunft durch F. J. Hofmann, ihren Gewalthaber, zu betreiben; namentlich war es Sache des Käufers, seinerseits darüber zu wachen, daß der von ihm zu zahlende Kaufpreis zur Abtragung der Pfandschuld, nachdem er den hiezu führenden Weg des Entlastungsverfahrens nicht eingeschlagen hatte, verwendet werde.

Wenn aber der Kläger als Käufer entweder überhaupt für Ertheilung eines solchen Auftrags oder im Fall der Ertheilung eines solchen für den Vollzug zu sorgen unterlassen hat, so kann er für diese seine eigene, freiwillführliche Handlung, beziehungsweise Unterlassung und deren Folgen, nicht den Gemeinderath verantwortlich machen, sondern letztern Falls nur etwa den Rückgriff auf den Gewalthaber nehmen. Auch dadurch, daß er dem Gesuch des Hofmann um Eintrag der Erklärung, worin dieser als Cessionar des Verkäufers sein Vorzugsrecht zu wahren suchte, entsprach, hat der Gemeinderath eine Verbindlichkeit irgend einer Art weder übernommen noch überkommen.

Gründe zu der Entscheidung des II. Rechtsfalls.

Das Urtheil vom 9. Mai d. J. ist motivirt, wie folgt:

Die Klage ist, soweit sie noch in II. Instanz aufrecht erhalten wurde, darauf gegründet, daß die beklagten Gemeinderathsmitglieder in den zur Fertigung des Kaufbriefs gemachten Auszügen, die Frage 8 (ob die Liegenschaften mit Vorzugs- oder Unterpfandsrechten belastet seien) verneint, oder, wenn man das zur Beantwortung dieser Frage gemachte Zeichen nicht für eine Verneinung nehmen wollte, nicht beantwortet hätten. Kläger hätten diese Frage als verneint angenommen und daraufhin den Kaufpreis ausgezahlt. Da nun die Gemeinderathsmitglieder nach §. 5. 13. 15. der Instruktion über die Einrichtung und Führung der Gewährbücher verpflichtet seien, die auf den Liegenschaften haftenden Unterpfandsrechte genau in diesen Auszügen zu bezeichnen, so hafteten sie für den Schaden, der dem Käufer dadurch zugehe, daß er das Gemeinderathszeugniß als richtig, beziehungsweise mit dem Inhalte des Pfandbuchs übereinstimmend angenommen.

Abgesehen davon, daß den Klägern ein Schaden erst dann zugegangen sein würde, wenn sie durch das ihnen gegen den Verkäufer der Liegenschaften zustehende Recht auf Gewährleistung Ersatz ihrer Auslagen nicht erhalten können, daß daher die Kläger, welche dies nicht behauptet haben, jedenfalls noch zur Zeit mit ihrer Klage abzuweisen wären, — so ist diese überhaupt nicht rechtlich begründet.

Der Gemeinderath hat nämlich gesetzlich zweierlei Funktionen: als Gewährgericht und als Pfandgericht. Als Gewährgericht hat er die Aufgabe, so oft eine Transcription von einem Erwerber begehrt wird, zu untersuchen, ob der Autor selbst als Eigenthümer eingetragen sei und hiernach entweder die Transcription zu verweigern oder unbedingt, oder unter Beifügung der etwaigen Beschränkungen des Eigenthums des Titelgebers dieselbe zu gewähren. Als Pfandgericht hat derselbe die Eintragung der Unterpfandsrechte in die Pfandbücher, beziehungsweise die Streichung derselben zu besorgen. Als solches hat er auch die Verpflichtung, jedem der es verlangt, eine Abschrift der noch ungetilgten Eintragungen oder ein Zeugniß, daß keine vorhanden sind, auszuhändigen.

In beiden Funktionen haftet der Gemeinderath schon nach L.R.S. 1382. 1383 für allen aus gesetzwidrigem Handeln oder aus seiner Nachlässigkeit oder Unverständigkeit für Andere entstandenen Schaden; als Pfandgericht haftet er nach L.R.S. 2197[2] insbesondere auch dann, wenn in seinen Zeugnissen bestehende Eintragungen nicht erwähnt werden.

Diese verschiedenen Funktionen sind aber in dem Landrechte getrennt behandelt, daher auch da, wo es sich um ihre Folgen handelt, wohl zu unterscheiden.

Vrgl. hierüber Brauers Erläuterungen zu L.R.S. 2198, worin gesagt ist:

„Die Gerichte (Gewährgerichte) haben somit künftig nur für frei, nämlich von Dienstbarkeiten, und eigen, nämlich des Verkäufers zu gewähren; die dritte bisherige Gewährungspflicht für ledig, nämlich von Pfandlasten, geht sie nun nichts mehr an, sondern der Käufer, der sich versehen will, muß den Kaufschilling von Liegenschaften eher nicht zahlen, bis er weiß, daß keine Pfandlasten darauf haften."

Digitized by Google

Er fährt dann fort, daß nach der Gewähr ein Zeugniß über den Eigenthumsübergang der Pfandschreiberei von dem Käufer zu übergeben sei, welche dann auf Verlangen das Zeugniß über ledig und nicht ledig zu geben habe.

In dieser Richtung schreibt auch das Landrecht in den Sätzen 2181—2195 ein besonderes Verfahren vor, welches der neue Erwerber eines Guts einzuhalten hat, wenn er eine sichere Kenntniß der auf dem neu erworbenen Gute ruhenden Pfandlasten erhalten und dasselbe von diesen Lasten befreien will. Vrgl. Bekk, dingl. Rechte.

Wenn nun auch die Gemeinderäthe als Gewährgerichte verpflichtet sind, der von großh. Ministerium des Innern im Jahre 1824 erlassenen Instruktion über die Einrichtung und Führung der gerichtlichen Gewährbücher und namentlich auch der in §. 5 Ziff. 3 und §. 13 gegebenen Anweisung, wonach sie sich vor Ertheilung der Gewähr hauptsächlich zu überzeugen haben, ob und mit welchen Vorzugs- und Pfandlasten die zu veräußernden Liegenschaften beladen seien und dieser Lasten in dem Eintrag, sowie in den an das Amtsrevisorat einzusendenden Auszügen erwähnen sollen, — zu folgen, so kann doch diese in disciplinarem Interesse erlassene Instruktion keine privatrechtliche Verbindlichkeiten, insbesondere keine Pflicht zum Schadensersatze begründen. Auch ist dieselbe nicht geeignet, der Beurkundung in den erwähnten Auszügen die Eigenschaft von Pfandschreiberei-Zeugnissen beizulegen, durch welche allein dem Erwerber Gewißheit über die auf dem erworbenen Gute ruhenden Pfandlasten oder über die Pfandfreiheit desselben gegeben und die Möglichkeit zur Befreiung von vorhandenen Lasten eröffnet werden kann. Der Erwerber mußte daher, wenn er sich vor Schaden hüten wollte, den durch das Gesetz bestimmt vorgeschriebenen und durch die, als Verordnung erschienene Instruktion vom Jahr 1824 selbstverständlich nicht beseitigten Weg einschlagen. Hat derselbe aber lediglich im Vertrauen auf das allerdings einer Disciplinarvorschrift nicht entsprechende, für seine privatrechtlichen Verhältnisse aber keineswegs unmaßgebende Zeugniß des Gewährgerichts diesen Weg nicht eingeschlagen, hat er vielmehr in der unrichtigen Annahme, daß das erworbene Gut pfandfrei sei, den Kaufschilling, anstatt ihn nach L.R.S. 1653 zurückzuhalten, bezahlt und ist er dadurch, sowie, weil er später mit der Pfandklage belangt wurde, in Schaden gekommen, so trifft ihn ein Versäumniß, durch welches er seinen Schaden jedenfalls mitverschuldet hat. Dieses Verschulden ist hier in doppeltem Maße vorhanden, da die Kläger das zur Beantwortung der Frage 8 des Gewährbuchsauszugs von den Beklagten gemachte Zeichen — „ — für eine Verneinung dieser Frage nahmen, während es sowohl an und für sich als auch dem Zusammenhange nach ebensowohl eine andere Bedeutung haben, insbesondere eine Nichtbeantwortung der Frage darstellen konnte.

Diese Umstände schließen die Statthaftigkeit der auf eine Pflichtwidrigkeit (Vergehen oder Versehen) des Gemeinderaths als Gewährgericht gestützten Entschädigungsklage unbedingt aus. L.R.S. 1148a.

Wilckens.

II.

Zur Anwendung des Sportelgesetzes.

1) Stempelpapier zu Beschwerdeführungen.

Zu Beschwerdeführungen genügt Stempelpapier zu 3 kr. nicht, sondern ist je nach der Gerichtsbehörde, bei welcher die Schrift eingereicht, beziehungsweise, für welche sie bestimmt ist, das gewöhnliche Stempelpapier zu 15 kr., 30 kr. und 1 fl. für den ersten beziehungsweise zu 3 kr., 15 kr. und 30 kr. für den folgenden Bogen zu verwenden, da unter den in §. 12 des Sportelgesetzes aufgezählten Ausnahmsfällen, für welche Stempelpapier zu 3 kr. genügt, nicht auch der Beschwerdeführung gedacht ist. Jedoch werden die hierfür ausgelegten Beträge nach §. 27 des Sportelgesetzes rückersetzt, wenn die Beschwerdeführung für begründet erklärt wird und diese nicht ein unter den Parteien selbst streitiges Verhältniß zum Gegenstande hat, d. h. gegen richterliche, vom Prozeßgegner veranlaßte oder doch zu seinen Gunsten erlassene, Entscheidungen oder Verfügungen gerichtet ist.

Wenn sonach gegen ein Bürgermeisteramt wegen Justizverzögerung bei Amt Beschwerde geführt wird, so hat der Beschwerdeführer für den ersten Bogen 15 kr. Stempel zu verwenden; da jedoch für den Fall, daß die Beschwerdeführung sich als begründet erweißt, der Beschwerdeführer Anspruch auf Rückersatz des dazu verwendeten Stempelpapiers hat, so genügt es nicht, von Seiten des Amts die

Digitized by Google

Beschwerde gleich einer Art von Beförderungsgesuch dem Bürgermeisteramte einfach nur zur Erledigung mitzutheilen, sondern es ist förmliches Erkenntniß über deren Begründetheit zu erlassen, geeigneten Falls der Rückersatz des für das verwendete Stempelpapier ausgelegten Betrags zu verfügen und hiervon sowohl der betreffenden Obereinnehmerei mit dem Ersuchen um Anordnung des Rückersatzes, als auch dem Beschwerdeführer Nachricht zu geben.

2) Stempelpapier zu Appellationsanzeigen.

Nicht selten werden zu Appellationsanzeigen nur 3 kr. Stempel verwendet und dadurch Stempelbußen verwirkt: denn diese niederste Stempelgattung genügt nach Ziff 2 des §. 12 des Sportelgesetzes nur zu Anzeigen von Verzichten und Vergleichen und da nach der Begründung des den Ständen vorgelegten Gesetzentwurfs Ziff. 1 des §. 12 die Regel, Ziff. 2 aber die Ausnahmen enthält, so findet eine weitere Schmälerung der Regel, als unter Ziff. 2 ausdrücklich gestattet wird, bei Anwendung des Gesetzes nicht statt.

Zu Appellationsanzeigen müssen sonach 15 kr. Stempel, zu Oberappellationsanzeigen 30 kr. Stempel verwendet werden.

3) Stempelpapiere zu Vorlagen von Beweisurkunden.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (1. Civ.-Sen.) hat die Anfrage eines Anwaltes dahin verbeschieden, daß Eingaben, womit Beweisurkunden vorgelegt werden, nicht unter die Fälle des §. 12 Ziff. 2 des Sportelgesetzes gehören, in welchem ausnahmsweise der Gebrauch eines Stempels zu 3 kr. genügt.

4) Ausspruch der Stempelbuße durch das Appellations- oder Rekursgericht.

Nach §. 4 der Vollzugsverordnung zum Sportelgesetz sollen die Stempelbußen von demjenigen Gerichte angesetzt werden, bei welchem die betreffende Eingabe überreicht ward, auch wenn diese, wie in Appellations- und Rekursverhandlungen, an eine höhere Behörde gerichtet ist. Wie soll es aber gehalten werden, wenn in solchen Verhandlungen bei dem Unteegerichte der Ausspruch einer Buße für einen Verstoß gegen die gesetzliche Bestimmung der zu verwendenden Stempelgattung unterlassen wird. In einem solchen Ausnahmsfalle wird durch die, die Regel bildende Vorschrift des §. 4 der Vollzugsverordnung ausnahmsweise dem Obergerichte nicht verwehrt sein, das was das Untergericht aus Versehen unterlassen hat, auf Anzeige seines Canzleibeamten nachzuholen, da ja — wie auch in der Begründung des Gesetzentwurfs zu §. 13 hervorgehoben ist, das Untergericht hier nur an der Stelle des Obergerichts kraft eines allgemeinen gesetzlichen Commissoriums handelt.

5) Sportel für Festsetzung des Kostenersatzes.

Die Sportel, welche nach §. 24 des Gesetzes für die Festsetzung des der einen Partei von der andern entweder für den ganzen Rechtsstreit oder nur für eine einzelne Instanz zu leistenden Kostenersatzes anzusetzen ist, findet offenbar nur für solche Erkenntnisse statt, welche in §. 175 (vrgl. 1199 Ziff. 6) Pr.O. vorgesehen sind, nicht aber auch für solche Verfügungen, in welchen zugleich mit der rein disciplinären Decretur der Anwaltskosten von Gerichtswegen sofort diejenigen einzelnen Posten des Deservitoriums im Voraus bezeichnet werden, welche nach der Ansicht des decretirenden Gerichts sich nicht zum Ersatz durch die Gegenpartei eignen. Wenn aber ein Anwalt, welcher selbst Prozeßpartei ist, bei Uebergabe seines Kostenverzeichnisses zum Zweck des Ersatzes seiner Kosten durch die Gegenpartei den Antrag gestellt hat, zugleich mit der Decretur den Betrag der durch die Gegenpartei zu ersetzenden Kosten festzusetzen, so wird für das diesem Antrag entsprechende Erkenntniß wohl auch die Sportel des §. 24 des Sportelgesetzes angesetzt werden dürfen.

6) Sportel für die mit einem unbedingten Befehl verbundene Feststellung des zu ersetzenden Kostenbetrags.

Nach § 24 des Sportelgesetzes kommt für Festsetzung des zu ersetzendenden Kostenbetrags die dort festbestimmte Sportel in Ansatz, nach § 34 Ziff. 2 für einen unbedingten Befehl ein Drittheil der Urtheilssportel. Welcher Sportelansatz findet aber dann statt, wenn auf Antrag mit der Festsetzung des zum Ersatz geeigneten Betrags, wie zuweilen geschieht, sofort auch ein unbedingter Befehl an die ersatzpflichtige Partei zur Zahlung jenes Betrags verbunden wird. Es könnte scheinen, daß in solch einer combinirten Verfügung eigentlich zwei trennbare Verfügungen vereinigt sind, daß sonach auch ein

Digitized by Google

zweifacher Sportelansatz, nemlich sowohl der in §. 24 festbestimmten als der nach §. 34 Ziff. 2 nach der Größe des im einzelnen Falle zu ersetzenden Kostenbetrags zu bemessenden Sportel, zu geschehen habe. Allein ohne Zweifel verdient die Ansicht, daß nur die Sportel für Festsetzung des zum Ersatz geeigneten Kostenbetrags anzusetzen sei, den Vorzug, weil die jener Festsetzung auf Antrag des obsiegenden Theils beigesetzte, das Vollstreckungsverfahren vorbereitende Anberaumung einer Zahlungsfrist nicht als unbedingter Befehl im Sinne des §. 667 Pr.O. angesehen werden kann und weil der unterliegende Theil, welcher vor der Festsetzung des von ihm zu ersetzenden Kostenbetrags zur Zahlung noch nicht verpflichtet ist, also die gerichtliche Aufforderung zur Zahlung seinerseits nicht verschuldet hat, offenbar zur Entrichtung einer Sportel dafür noch weniger für verpflichtet erachtet werden kann, als der Schuldner, gegen welchen die Erneuerung der urtheilsmäßigen Zahlungsfrist nach §. 923 Pr.O. nöthig wird, nach Justizministerialerlaß vom 10. Februar 1857 No. 1145 auch sportelfrei ist *)

7) Sportelansatz im Falle des §. 179 St.G.B.

In den durch §. 179 St.G.B. vorgesehenen Fällen der in dem späteren hofgerichtlichen Urtheile zu erkennenden Maasserhöhung der in dem früheren erkannten Strafgattung ist nicht selten die für das später abgeurtheilte Verbrechen zu erkennende Grundstrafe der Gattung nach eine niederere als die in dem früheren Erkenntniß ausgesprochene Strafe und dann vorerst in die durch das frühere Urtheil ausgesprochene höhere Strafgattung gemäß §. 165 des Str.G.B. zu verwandeln, z. B. Kreisgefängniß in Zuchthausstrafe. Welche Sportel soll nun für das spätere Erkenntniß angesetzt werden, die Sportel von 36 fl., welche in §. 70 des Gesetzes für Zuchthausstrafen oder die von 24 fl., welche ebendaselbst für Kreisgefängniß bestimmt ist. Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (I. Civ.-Sen.) hat sich dafür entschieden, daß die durch das neuerdings abgeurtheilte Verbrechen verwirkte Strafe bei der Wahl der Sportelklasse den Ausschlag gebe, nicht aber der zufällige Umstand, daß zur Vereinfachung des Strafvollzugs eine nur formelle Umwandlung der eigentlich zu erkennenden Strafe nöthig falle, in dem angeführten Beispiele also nur die andere Sportel für Kreisgefängnißstrafe anzusetzen, obschon sie in Zuchthausstrafe umgewandelt auszusprechen sei.

Wenn durch die in dem späteren Urtheil auszusprechende Strafe keine Erhöhung im Maße der früher erkannten höheren Strafgattung bewirkt wird (§. 109 zweiter Abs. des Einf.-Ges.), so wird demungeachtet die der an sich auszusprechenden Strafe entsprechende Sportel anzusetzen sein.

Stf.

---

*) Dieser Erlaß lautet:

Justiz-Ministerium.

Karlsruhe, den 10. Februar 1857.

No. 1145. Die Auslegung des neuen Sportelgesetzes betr.

Es ist die Frage angeregt worden, wie Verfallenerklärungen und Erneuerungen der urtheilsmäßigen Zahlungsfrist im Falle des §. 923 der Pr.O., deren das Sportelgesetz vom 13. Mai v. J. nicht erwähnt, hinsichtlich des Sportelansatzes zu behandeln seien.

Es wird hierauf bemerkt, daß, da eine analoge Anwendung der Bestimmungen über Sportulirung der Vollstreckungsverfügungen, der unbedingten Befehle oder der Liquiderkenntnisse hiebei nicht zulässig erscheint, die nach Maaßgabe des §. 923 der Pr.O. erlassene Verfügung sportelfrei ist. Dagegen sind Verfallenerklärungen, wie Versäumungserkenntnisse, nach §. 32 des Sportelgesetzes mit 30 kr. beziehungsweise 1 fl. zu sportuliren.

(gez.) v. Stengel.

III.

Rechtsfall zur Erläuterung der im §. 701 St.G.B. mit Strafe bedrohten vorsätzlichen Zurückhaltung von Poststücken durch Postbedienstete.

Es ist gleichgiltig, in welcher Absicht die Zurückhaltung geschieht. Zu dem Thatbestande dieses Verbrechens gehört nur, daß die Ablieferung eines Poststückes mit dem Vorsatze es zurückzuhalten, unterblieb.

Stephan Eberle, welcher 16 Jahre lang Briefträger war, und sich im Allgemeinen die Zufriedenheit seiner Dienstvorgesetzten erworben hatte, wurde angeschuldigt, ein Geldpaquet mit 60 fl. 6 kr. unterschlagen, und zur Verbergung dessen, den hierauf bezüglichen Eintrag in seinem Packerbuch gefälscht, sowie ein von M. Kornhaas in Villingen an E. Wertheimer in Bruchsal gesandtes Geldpaquet mit 76 fl. 24 kr. über 3 Wochen lang vorsätzlich zurückbehalten zu haben.

Digitized by Google

Hinsichtlich der ersteren Anschuldigung wurde ausgesprochen, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung vorhanden sei; wegen der letzteren Anschuldigung wurde erkannt, daß Eberle der vorsätzlichen Zurückhaltung eines Geldpaquets im Betrage von 76 fl. 24 kr. für schuldig zu erklären, und deßhalb zu einer sechsmonatlichen Kreisgefängnißstrafe zu verurtheilen sei.

Bezüglich dieses letzten Paquets hatte die Untersuchung unzweifelhaft ergeben, daß dasselbe Schuster M. Kornhaas am 11. August v. J. in Villingen zur Post gab; daß es am 13. August in Bruchsal ankam, und dem Eberle zur Bestellung an Wertheimer übergeben wurde, daß Eberle anfangs September erkrankte, und das Paquet am 10. September seinem Stellvertreter Taglöhner Sterk zur Besorgung an Wertheimer übergab, welchem es auch am gleichen Tag behändigt worden ist.

„Nach den schließlichen Erläuterungen des Absenders und des Empfängers — sagen weiter die Entscheidungsgründe zu dem Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichtes — kann auch ohne Bedenken angenommen werden, daß das Paquet unversehrt, ohne irgend eine Veränderung an seiner Decke noch seines Inhaltes in die Hände des Adressaten gelangte. Dieß geschah aber, namentlich nach Erklärung der obersten Dienstbehörde Eberle's in so außerordentlich verspäteter Weise, daß schon deßhalb der Verdacht einer versuchten Unterschlagung, welche gemäß St.G.B. §. 701 unter den obwaltenden Verhältnissen den Thatbestand eines vollendeten Dienstverbrechens enthält, sich aufdrängt." Es wird nun eine Reihe von Inzichten, unter denen auch die Verdachtsgründe, welche eine Freisprechung Eberle's von der Anschuldigung der Unterschlagung des Paquets mit 60 fl. 6 kr. verhinderten, erwähnt sind, aufgeführt, und daraus die Vermuthung abgeleitet, daß die Angabe Eberle's, er habe anfänglich in dem Hause des Wertheimer Niemand gefunden, welchem er das Paquet habe zustellen können und später, namentlich auch in Folge seiner Krankheit das Paquet aus den Augen, und damit aus dem Gedächtniß verloren, unwahr seien, und daß Eberle das heimlicherweise aufbewahrte Geld zurückbehalten habe, um es eintretenden Falls für sich zu verwenden. Daraus wird der Schluß gezogen, daß die Zurückhaltung „nicht blos etwa aus Versehen, aus irgend einer Fahrlässigkeit, sondern aus einem zu verschweigenden persönlichen Interesse Eberle's, d. h. mit Vorsatz geschah."

Der Verurtheilte rekurrirte an das großh. Oberhofgericht, jedoch ohne günstiges Ergebniß. Es erfolgte ein bestätigendes Erkenntniß. Die Entscheidungsgründe hiezu sagen:

„Zum Thatbestande der vorsätzlichen Zurückbehaltung eines Poststückes durch einen Postbeamten oder einen bei der Post angestellten Diener gehört nach dem Wortlaute und der Absicht des Gesetzes mehr nicht, als daß das Zurückbehalten den Vorsatz zurückbehalten zu wollen, — gleichviel aus welchem Beweggrunde, und zu welchem Zwecke — zur Ursache hat. Der §. 701 des Str.G.B. stellt dasselbe außerhalb und neben der Unterschlagung und der wissentlichen Auslieferung an dritte unberechtigte Personen als ein eigenes Verbrechen auf, welches ebenso wie die Unterschlagung bestraft werden soll, woraus hervorgeht, daß es dabei weder auf den Nachweis eines beabsichtigten Gewinnes, noch einer Beschädigung ankömmt; und aus den Kammerverhandlungen geht hervor, daß diese Bestimmung dem §. 652 des Entwurfs aus dem Grunde hinzugefügt wurde, weil das Zurückbehalten für den Aufgeber und den Empfänger unter Umständen so nachtheilig sein könne, wie eine Unterschlagung — also ganz allgemein und nicht nur in den Fällen, in welchen ein Nachtheil beabsichtigt oder doch wirklich entstanden ist." —

„Das Verbrechen muß daher in dem Augenblicke als vollendet betrachtet werden, in welchem der Postbedienstete sich entschließt, nicht abzuliefern, sondern zurückzubehalten. Die kürzere oder längere Festhaltung dieses Entschlusses kann nur auf die Ausmessung der Strafe einen Einfluß äußern; so wie auch die freiwillige Auslieferung des an Wertheimer gerichteten Geldpaquets im vorliegenden Falle von dem großh. Hofgerichte nach Anleitung der §§. 406 und 396 St.G.B. als Milderungsgrund berücksichtigt worden ist."

In dem zweiten Theile wird ausgeführt, daß alle Umstände für die Annahme der vorsätzlichen Zurückbehaltung des nahezu vier Wochen in dem Besitze Eberles gewesenen Paquets sprechen, und daß nicht anzunehmen sei, daß Eberle solches abzuliefern vergessen habe. Diese Ausführung behandelt dieselben Inzichten, welche auch in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen beleuchtet sind. Diese Inzichten, deren ins Einzelne gehende Mittheilung hier zu weitläufig wäre, begründen allerdings den Verdacht, daß Eberle in eigennütziger Absicht

Digitized by Google

gehandelt habe; sie sind aber keineswegs so dringend, um in dieser Richtung eine Ueberführung zu begründen. Die übereinstimmende Ansicht der beiden Gerichtshöfe geht hier nach dahin, daß der Vorsatz bei dem Vergehen der Zurückhaltung von Poststücken durch Postbedienstete nicht, wie bei der Unterschlagung (§. 400 St.G.B.) ein eigennütziger sein muß.

Otf.

IV.

Der öffentliche Diener kann wegen Versehen im Dienste nur nach ertheilter Ermächtigung zu dessen gerichtlicher Verfolgung auf Entschädigung belangt werden.

Die Verwaltung eines Kirchenfonds liquidirte bei einem Gantgerichte im Jahr 1852 eine Darleihe von 200 fl. nebst Zins mit Unterpfandsrecht vom Jahr 1846 auf Liegenschaften einer Gantmasse. Diese Liegenschaften wurden später versteigert und von dem Kirchenfonds um das Gebot von 250 fl. erworben, welcher den Kaufpreis nach Verweisung an andere Gläubiger auszahlte. Seine Anmeldung war nemlich von Seiten des Gantrichters unbeachtet geblieben, weßhalb der Fonds, nachdem die Gantmasse vertheilt war, wegen des durch sein Uebersehen dem Fonds zugefügten Schadens belangte.

Der mit dieser Entschädigungsklage gerichtlich verfolgte Beamte vertheidigte sich namentlich auch mit der Einrede, daß der klagende Fonds durch sorglose Unthätigkeit nach Einreichung der Liquidation den Schaden selbst mit verschuldet, und daß sein Nachfolger im Gantrichteramte, in dem Entwurf des Vertheilungsbescheides auf das Uebersehen aufmerksam gemacht, dessen Berichtigung unterlassen habe; aber das Urtheil erster Instanz fiel gegen den ehemaligen Gantrichter zu Gunsten des Fonds aus.

Der unterlegene Beamte appellirte. Nachdem die hierauf gepflogenen Appellations-Verhandlungen dem Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Civ.-Sen.) vorgelegt worden waren, erließ dieses folgende Verfügung:

Da das Uebersehen des Beklagten, Appellanten, für welches derselbe vor den bürgerlichen Gerichten verantwortlich gemacht werden will, nicht in einem Privatrechtsverhältnisse, sondern im öffentlichen Dienste stattfand, da also nach §. 1 der Pr.O. die bürgerlichen Gerichte, weil an sich nicht eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt, hier nicht zuständig sind, so lange nicht nach §. 9 u. 10*) des Einführungsgesetzes zum Str.G.B. vom 5. Februar 1851 die dem beklagten Appellaten vorgesetzte Dienstbehörde denselben für jenes Versehen persönlich verantwortlich erklärt hat, so wird dem klagenden Fonds eine Frist von acht Wochen anberaumt, um innerhalb dieser Frist die Ermächtigung der dem Gegentheil vorgesetzten Dienstbehörde, beziehungsweise des großh. Staatsministeriums nachzuweisen, widrigenfalls angenommen würde, solche sei nicht ertheilt worden.

Die großh. Regierung des Oberrheinkreises suchte nun bei großh. Justiz-Ministerium um Ertheilung der Ermächtigung für den Fonds nach, allein von großh. Justiz-Ministerium wurde, nachdem es von dem Sachverhalt Kenntniß genommen hatte, Jener eröffnet, daß man die zur Erhebung der Klage des Fonds gegen den großh. Amtmann N. wegen Ersatzforderung aus einem bei Versehung seines Dienstes stattgefundenen Versehen nach §. 10 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 erforderliche Genehmigung versage.**)

Dies wurde dann beiden Theilen zur Nachricht und Stellung weiterer Anträge mitgetheilt.

Stf.

*) Hier ist allerdings nur von Amtsvergehen die Rede, diesen werden aber die Amtsversehen wohl gleichstehen!

**) Bekk in seinen „Anmerkungen zu dem Gesetze über Einführung des Strafgesetzbuchs" S. 12 hält eine Versagung der gerichtlichen Verfolgung eines Beamten nur da für gerechtfertigt, „wo das Staatsministerium die Amtshandlung desselben als rechtmäßig selbst in Schutz nehmen und vertreten, oder wo es sonst bei bürgerlichen Klagen etwa den Fiscus für den Beamten einstehen lassen will." Unter dem „Einstehenlassen des Fiscus" kann aber offenbar nicht blos der Fall verstanden werden, wo dem Entschädigung Fordernden aus dem Staatsbeutel Zahlung geleistet, sondern auch der Fall, wo ihm von Seiten des Fiscus gerichtlich entgegen getreten werden will.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 28.

I.

Kann ein Mord (Str.G.B. §. 205), welcher vor der im Jahre 1849 erfolgten Abschaffung der Todesstrafe begangen wurde, aber jetzt erst abgeurtheilt wird, mit der Todesstrafe belegt werden?

Diese Frage wurde in folgendem, gemäß §. 147 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 vom großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises in geheimer Sitzung abgetheilten Falle verneinend entschieden.

Am Morgen des 25. November 1841 wurde Gemeinderath Gg. Pet. Roe von Ferdinandsdorf in der Nähe dieses Ortes tödtlich verwundet aufgefunden. Er hatte an der rechten Seite des Kopfes eine 7 Zoll lange, tief eindringende, weit klaffende Verletzung, welche sich von dem behaarten Theile des Kopfes bis zu dem Mundwinkel herabzog. Er wurde in seine Wohnung getragen und verschied daselbst alsbald in Folge gedachter Verletzung, die offenbar mittelst eines gewaltigen Beilhiebes zugefügt worden war. Roe befand sich am 24. November 1841 zu Mosbach und war auf seinem Heimwege am Abende des eben erwähnten Tages, etwa um 6 Uhr, in der beschriebenen Weise verwundet worden. Der Verdacht, die That verübt zu haben, wendete sich sofort gegen den als roh und gewaltthätig bekannten Johann Michael Rechner von Ferdinandsdorf.

Die Untersuchung bestätigte diesen Verdacht in hohem Maaße und förderte eine Reihe von Beweisen gegen Rechner zu Tage.

Letzterer war damals in Gant. Roe war Massepfleger und Gantanwalt. Rechner suchte das Massevermögen durch Fahrnißverschleppung zu seinem Vortheile zu verringern. Roe suchte seiner Pflicht gemäß solchen Beeinträchtigungen der Masse zu begegnen. Dieser Stand der Sache hatte ein gespanntes Verhältniß zwischen Rechner und Roe zur Folge, welches sich auch in mehrfachen Drohungen, die jener gegen diesen ausstieß, äußerte.

Am 24. November 1841 standen Beide in der Gantsache vor dem Amte Neudenau zu Mosbach, welchem Amte damals die (nun aufgelöste) Gemeinde Ferdinandsdorf untergeben war. Ahnungsvoll hatte Roe am Nachmittage des 23. November gegen einen maelgeäfl. bad. Beamten zu Zwingenberg, indem er seine Befürchtungen vor Rechners Verwegenheit kundgab, geäußert, „es sei ihm bange auf den nächsten Tag, er wünsche sehr, daß dieser Tag schon vorüber wäre."

Roe bezeichnete nach seiner tödtlichen Verwundung mehreren Zeugen gegenüber den Rechner als den Urheber der That. Letzterer, der am 24. November längst vor Roe von Mosbach heimgekehrt sein mußte, behauptete, um die Zeit der That zu Hause gewesen zu sein. Seine Ehefrau stimmte anfänglich hierin mit ihm überein, bekannte aber später, ihr Ehemann sei, nachdem er von Mosbach heimgekehrt gewesen, nochmals fortgegangen und etwa zwei Stunden ausgeblieben. Freilich widerrief sie diese letztere Angabe in der Folge. Bei einer am 25. November vorgenommenen Haussuchung fand man in Rechners Wohnung mehrere mit Blut befudelte Kleidungsstücke. Das Benehmen Rechners im Laufe der gegen ihn geführten Untersuchung war ein höchst verdächtiges.

In diesem Stande kam die Sache bei großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises zur Aburtheilung. Während einige Mitglieder des Gerichtshofes für Schuldigerklärung Rechners und Verurtheilung desselben zum Tode stimmten, sprach sich die Mehrheit für Klagfreierklärung und zwölfjährige Detention Rechners aus. Dahin lautete somit das am 28. November 1842 erlassene hofgerichtliche Urtheil. Auf den dagegen von Rechner ergriffenen Recurs bestätigte das großh. Oberhofgericht mit Urtheil vom 3.

Digitized by Google

April 1843 das hofgerichtliche Erkenntniß hinsichtlich der Klagfreierklärung, hob jedoch die ausgesprochene Detention auf.

Im Juni 1852 erschien Rechner — der inzwischen mehrfach, unter Andern auch wegen Raubs, in Untersuchung gekommen, aber stets straflos ausgegangen war, unter der Anklage; einen gefährlichen Diebstahl verübt zu haben, vor dem Schwurgerichte des Unterrheinkreises. Seines Läugnens unerachtet wurde er für schuldig erkannt, und zu sechsjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt, welche er sofort im Männerzuchthause zu Bruchsal antreten mußte. Alsbald legte er ein Bekenntniß über den Diebstahl ab.

Gegen Ende Juli 1855 gerieth Rechner in der Strafanstalt in einen Zustand der Raserei. Nachdem er wieder ruhig geworden war, legte er auch über die an Roe verübte Tödtung ein Bekenntniß ab. Er erklärte, er habe während seiner Gant Mist besessen, und damit seine Kartoffeln zu düngen beabsichtigt, Roe habe bei dem Gantgerichte beantragt, den Mist für die Gantmasse zu verwerthen, dies habe ihn in Aufregung versetzt, er habe nun zu Hause ein Beil zu sich genommen, damit bewaffnet dem nach ihm heimkehrenden Roe aufgepaßt und demselben — in der Absicht, ihm eine „Rechte" zu geben — mit der Schneide des Beiles einen Hieb versetzt. Dies Geständniß legte er mehrfach, und zwar Mitgefangenen und Aufsehern gegenüber, sowie auch vor den Beamten der Strafanstalt ab. — Auf den Grund des Geständnisses wurde die Untersuchung wieder aufgenommen. Nun widerrief es Rechner als unwahr, indem er behauptete, bei dessen Ablegung im Zustande der Geistesstörung gewesen zu sein. Später — im November 1855 — wiederholte er das Geständniß, widerrief es aber am Schlusse der Untersuchung abermals unter Berufung auf seinen Geisteszustand. Seine Ehefrau erklärte im Laufe der wiederaufgenommenen Untersuchung, daß sie das Bekenntniß der That unmittelbar nach derselben aus dem Munde ihres Ehemannes vernommen habe, daß derselbe jedoch ihr gegenüber die Absicht, den Roe zu tödten, beabredet habe. Die gerichtsärztliche Prüfung der Frage, ob die Behauptung Rechners, seine Schuld jeweils nur im Zustande gestörter Geisteskräfte und in Folge dieses Zustandes einbekannt zu haben, Glauben verdiene, führte zu dem Ergebnisse, daß es für höchst wahrscheinlich erklärt wurde, daß Rechner die Geständnisse im Zustande gesunden Verstandes und freien Willens abgelegt habe.

Ueber die wiederaufgenommene Untersuchung wurde — und zwar, wie bereits oben bemerkt worden, gemäß §. 147 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 — nach der durch die ältere Gesetzgebung bestimmten Verfahrungsart abgeurtheilt. Einstimmig nahm der im vollen Rathe versammelte Gerichtshof an, daß die Schuld Rechners nunmehr feststehe. Bei Characterisirung des Verbrechens und Bestimmung der Strafe wurde die neuere Strafgesetzgebung als die mildere zur Anwendung gebracht. Es bestand kein Zweifel darüber, daß ein Mord (Str. G. B. §§. 205. 206) vorliege, indessen ergab sich darüber Meinungsverschiedenheit, ob die That mit dem bestimmten Vorsatze, zu tödten (St.G.B. §. 205), oder mit dem unbestimmten Vorsatze, den Roe zu tödten oder denselben am Körper zu verletzen (Str.G.B. §§. 98. 206), verübt worden sei. Eine bedeutende Mehrheit entschied sich für ersteres. Unerachtet aber sowohl die zur Zeit der Verübung der That bestandene Gesetzgebung als die dermalen bestehende dem mit dem bestimmten Vorsatze, zu tödten, ergangenen Morde die Todesstrafe drohen, erkannte doch der Gerichtshof — und zwar, weil zwischen der Ausführung der That und deren Aburtheilung, nemlich von 1849 bis 1851, die Todesstrafe abgeschafft gewesen sei — auf die durch das Gesetz an die Stelle der abgeschafften Todesstrafe gesetzte lebenslängliche Zuchthausstrafe. Das Erkenntniß, welches dem Bisherigen zufolge den Rechner des Mordes für schuldig erklärt und zur gedachten Strafe verurtheilte, erging am 10. Oktober 1856. Rechner rekurrirte hiergegen; allein der höchste Gerichtshof bestätigte das hofgerichtliche Erkenntniß. Es hatte indessen dieser Gerichtshof keine Veranlassung, die Frage, ob mit Recht auf die Abschaffung der Todesstrafe, wie geschehen, Rücksicht genommen worden sei, zu prüfen, da der Staatsanwalt gegen das hofgerichtliche Erkenntniß nicht rekurrirt hatte.

Die Gründe, welche den Gerichtshof (und zwar alle diejenigen Stimmführer, welche nicht schon wegen Annahme des unbestimmten Vorsatzes noch St.G.B. §. 206 von der Todesstrafe absahen) zur mitgetheilten Entschridung hinsichtlich der Strafe bewogen, lagen darin, daß das Gesetz über Abschaffung der Todesstrafe diese Strafe für alle unter seiner Herrschaft und vor seiner Herrschaft begangenen, durch die Strafgesetzgebung mit dem Tode bedrohten Verbrechen beseitigt habe, und daß dermalen im vorliegenden Falle nicht auf Todesstrafe zu erkennen gewesen sei, weil man durch den Ausspruch dieser Strafe dem dieselbe wieder

Digitized by Google

einführenden Gesetze — dem §. 3 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 — eine unzulässige Rückwirkung beigelegt haben würde. *)

Der vom Gerichtshofe angenommenen, in der eben dargelegten Weise begründeten Ansicht wurde im Laufe der Berathung des Gerichtshofs folgende Deduction als Bedenken entgegengesetzt: Das Gesetz über Abschaffung der Todesstrafe verfüge, da es ein Anderes nicht bestimme, nur für die unter seiner Herrschaft eintretenden Fälle. Seine Rückanwendung auf ältere Fälle beruhe lediglich auf dem allgemeinen Grundsatze, daß ein neueres mil-deres Strafgesetz rückwirke. Dieser Grundsatz stütze sich auf die Annahme, daß es nicht im Sinne des Gesetzgebers, der seine Ansicht von der Unrichtigkeit des älteren härteren Gesetzes durch Erlassung des neueren mil-deren bethätige, liegen könne, das härtere Gesetz auf ältere, jedoch noch nicht abgeurtheilte, Fälle anwenden zu lassen (Mittermaier zu Feuerbach g. R. 14. Ausg. §. 76 Note II.). Diese Annahme könne aber dann nicht Platz greifen, wenn der Gesetzgeber seine Ansicht von der Unrichtigkeit des älteren härteren Rechtes durch Rückkehr zu demselben und Abschaffung des neueren milderen Rechts geändert habe. Könne nun die mehrerwähnte Annahme nicht Platz greifen, so müsse das Gleiche hinsichtlich des auf ihr ruhenden Grundsatzes, daß das neuere mildere Recht (das Zwischenrecht) auf ältere Fälle anzuwenden sei, gelten. Falle aber dieser Grundsatz hinweg, so sei jedes Hinderniß gegen den Ausspruch der Todesstrafe beseitigt.

Es ist unsere Frage, welche — in weiterer Fassung — dahin lautet: Ob, sofern sich drei Gesetzgebungen, eine härtere, eine mildere und dann wieder eine härtere folgen, Verbrechensfälle, die sich unter der ersten Gesetzgebung zutragen, aber unter der letzten abgeurtheilt werden, nach der milderen Zwischengesetzgebung beurtheilt werden müssen oder nicht? — in der neueren französischen Strafrechtswissenschaft Gegenstand der Erörterung geworden, und es dürfte nicht als unpassend erscheinen, auf die Aussprüche der französischen Schriftsteller einen Blick zu werfen.

Demolombe (traité des lois No. 65), sagt, nachdem er den Satz, daß das neuere mildere Gesetz rückwirke, ausgesprochen:

„Il faudrait encore le décider de même, si, dans l'intervalle entre le fait commis et le jugement, une loi intermédiaire avait frappé le fait d'une peine plus douce que l'ancienne et la nouvelle loi. On n'appliquerait alors ni l'ancienne loi sous l'empire de laquelle le fait a été commis ni la nouvelle loi sous l'empire de laquelle il est jugé, mais bien la loi intemédiaire; car l'auteur du fait a dû, il a pu du moins, être jugé suivant cette loi, aussi bien que l'individu qui aurait commis le même fait sous son empire. Au moment, où cette loi était en vigueur, leur position était la même, et il n'y a pas de raison pour qu'elle change par la promulgation d'une loi plus sévère. Il ne faut pas, que des retards accidentels, de procédure ou autres, puissent avoir pour résultat une aggravation de pénalité. Cette solution et donc logique et non point arbi-

*) Das Gesetz vom 16. März 1849, die Abschaffung der Todesstrafe betr., lautet:

An die Stelle der Todesstrafe, welche, mit Ausnahme der im Kriegsrechte damit bedrohten Verbrechen, durch §. 9 der deutschen Grundrechte abgeschafft ist, tritt in allen übrigen Fällen, für welche die Strafgesetze dieselben androhen, lebenslängliche Zuchthausstrafe. (Reg.-Bl. 1849. No. 15)

Der §. 9 der deutschen Grundrechte (verkündet im Reg.-Bl. 1849 No. 2) lautet:

Die Todesstrafe, ausgenommen wo das Kriegsrecht sie vorschreibt, oder das Seerecht im Fall von Meutereien sie zuläßt, sowie die Strafen des Prangers, der Brandmarkung und der körperlichen Züchtigung, sind abgeschafft.

Der §. 3 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 besagt:

Das Gesetz vom 16. März 1849, die Abschaffung der Todesstrafe betreffend, ist aufgehoben.

Durch Allerhöchste Entschließung vom 5 Mai 1851 (Reg.-Bl. 1851 No. 33) ist ausgesprochen, daß den Grundrechten keine rechtliche Wirksamkeit beizulegen sei.

Das Gesetz vom 16. März 1849 hatte im Regierungsentwurfe folgende Fassung:

Die Todesstrafe, ausgenommen, wo das Kriegsrecht sie vorschreibt, ist abgeschafft. Wo die Strafgesetze sie androhen, tritt lebenslängliche Zuchthausstrafe an deren Stelle.

Die II. Kammer nahm den Entwurf in dieser Fassung an. Die Commission der I. Kammer beantragte eine gleiche Annahme Die I. Kammer selbst ging indessen hierauf nicht ein. Der Grund hievon lag darin, daß die Mehrheit der Kammer ein Gesetz, wodurch die Todesstrafe abgeschafft werde, nicht gutheißen zu können glaubte, dabei aber der Ansicht war, daß einem Gesetze, welches die Abschaffung der Todesstrafe als durch die Grundrechte geschehen voraussetze, und nur die an die Stelle der Todesstrafe zustehende Strafe bestimme, nicht entgegenzutreten sei. Von dieser Anschauungsweise ausgehend beschloß die I. Kammer die Fassung, welche später zum Gesetze erhoben wurde. Die großh. Staatsregierung und die II. Kammer erklärten sich nemlich sofort mit dieser Fassung einverstanden.

Digitized by Google

traire, comme parait le penser Boitard (droit criminel pag. 66).

Trébutien (cours de droit criminel. Paris 1834. I. p. 83), bespricht den Fall, daß dasselbe Verbrechen in drei aufeinanderfolgenden Perioden mit dem Tode, zwanzigjähriger und lebenslänglicher Zwangsarbeit bedroht gewesen und äußert hiebei:

„Il est certain, en effet, qu'on ne peut appliquer la peine de mort réconnue d'une rigueur excessive, et dès lors inutile, par deux lois successives. D'un autre côté, l'accusé a pu invoquer la seconde loi dès quelle a été promulguée, et il est certain, que si le jugement avait eu lieu immédiatement, elle lui eût été appliquée. Le retard du ministère public dans la poursuite, les lenteurs de l'instructions, n'ont pu lui ravir ce bénéfice. Cette décision n'est donc nullement arbitraire comme semble le dire M. Boitard. *)

Der neueste Schriftsteller über französisches Criminalrecht, Haus (Professor zu Gent), sagt in der ersten Lieferung seines cours de droit criminel (Gent 1857) No. 88:

„Puisque les lois pénales rétroagissent en faveur, mais jamais au préjudice des accusés, il en resulte que, si la nouvelle loi adoucit la peine portée par la loi antérieure, sous l'empire de laquelle le fait a été commis, cet adoucissement doit profiter au prevenu, lors même qu'au temps du jugement l'ancienne loi se trouverait rétablie. Pareillement, lorsque la loi enfreinte par l'accusé se trouve remplacée par une loi moins sévère et qu'avant le jugement celle-ci est suivie d'une troisième, plus rigoureuse, que la seconde, mais moins sévère, que le prémiére, c'est la seconde, qu'il faut appliquer.

Sowohl Trébutien als Haus beziehen sich auf Sprüche des Cassationshofes zu Paris aus den Jahren 1813 und 1814.

In deutschen Schriften hat der Verfasser dieses Aufsatzes nur eine Aeußerung über die vorliegende Frage aufgefunden. Es spricht sich nemlich Berner (Professor zu Berlin) in seiner Schrift „Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. Berlin 1853," nachdem er die in Frankreich herrschend gewordene Anschauungsweise besprochen, so aus:

„Es handelt sich jedoch nicht darum, dem Angeklagten willkührliche Begünstigungen, aus faveur de l'humanité zu Theil werden zu lassen. Die Prinzipien der Sache selbst sollen das Urtheil bestimmen.

Nun aber steht die Sache doch offenbar so:

Wenn der Verbrecher unter einem härtern Gesetze verbrochen hat, so hat er eigentlich die Strafe dieses Gesetzes verwirkt. Wenn indessen zur Zeit der Aburtheilung ein milderes Gesetz gilt, so wendet man dieses an, weil die Ueberzeugung des Gesetzgebers von der Strafwürdigkeit des Verbrechens eine andere geworden ist.

Hat der Gesetzgeber das strengere alte Gesetz später wieder hergestellt, so hat er damit seine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieser größeren Strenge bestätigt. Es fällt also der Grund zur milderen Behandlung der unter dem älteren strengeren Gesetze begangenen Verbrechen hinweg. Es wäre sogar eine Unbilligkeit, diejenigen, die unter der Herrschaft des neueren strengeren Gesetzes delinquirt haben, der ganzen Strenge dieses Gesetzes zu überlassen, während diejenigen, die unter der Herrschaft des älteren, vielleicht noch strengeren Gesetzes verbrochen haben, nach milderen Zwischengesetzen beurtheilt werden.

Daß aber jedes mildere Zwischengesetz als ein jus quaesitum des Thäters anzusehen sei, ist eine bloße Hypothese, keineswegs ein aus dem Fundament dieser Lehre gezogener Beweisgrund."

Der Leser wird fühlen, daß die Berner'sche Darstellung mit der bei der hofgerichtlichen Berathung über die Rechner'sche Sache als Bedenken aufgestellte Deduction im Wesentlichen übereinkommt. Es muß indessen bemerkt werden, daß diese Deduction in keiner Weise durch die Berner'sche Ansicht veranlaßt war.

Obgleich nun die strengere Anschauungsweise Vieles für sich zu haben scheint, so dürfte doch die mildere, vom großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises und von den erwähnten französischen Schriftstellern angenommene, den Vorzug verdienen. Es kann nemlich wohl nicht bestritten werden, daß der Gesetzgeber, wenn er im Jahre 1849 den Ausspruch that: „Die Todesstrafe ist abgeschafft" (§. 9 der Grundrechte. Gesetz vom 16. März 1849) diese Abschaffung auch auf die vor dem erwähnten Ausspruche begangenen, damals mit dem Tode bedrohten, Verbrechen, erstrecken wollte und wirklich erstreckte, und ebenso-

*) Die Aeußerung Boitard's, welche Demolombe und Trebutien bekämpfen, lautet: Il a été décidé un peu arbitrairement peut-être; mais la faveur de l'humanité a paru devoir l'emporter dans cette matière.

Digitized by Google

wenig wird sich bezweifeln lassen, daß diese Verbrechen in Folge der Gesetzgebung des Jahres 1849 - von deren Erlassung an nicht mit der Todesstrafe, sondern nur mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht waren. Ist aber das eben Gesagte richtig, so muß in der Anwendung der Gesetzgebung von 1851 auf Fälle der fraglichen Art eine unzulässige Rückanwendung des neueren strengeren Strafgesetzes gefunden werden.

Wie der Verfasser so eben der Karlsruher Zeitung entnimmt, hat sich auch der Schwurgerichtshof des Mittelrheinkreises bezüglich eines im Amtsbezirke Acheru im Jahr 1848 verübten, jetzt abgeurtheilten Mords für die mildere Ansicht erklärt, und demzufolge zwei an jenem Morde betheiligte Personen zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurtheilt. Roßhirt.

II.

Welches ist der Zeitpunkt, wo die polizeiliche Aufsicht zu laufen beginnt?

Str.G.B. §. 25—28.

Verordnung großh. Justizministeriums vom 31. Juli 1852, des großh. Ministeriums des Innern vom 7. August 1852. Verordnungsblatt No. 17 u. 18.

Maria Glasstädter war zu Kreisgefängnißstrafe verurtheilt, und auf die Dauer eines Jahres nach erstandener Strafe unter polizeiliche Aufsicht gestellt worden. Am 28. Sept. 1855 wurde sie aus dem Kreisgefängnisse entlassen. Verschiedene Umstände verzögerten die Benachrichtigung ihrer Heimathsbehörde von dem Tage ihrer Entlassung, und so geschah es, daß erst unterm 1. April 1856 das zum Vollzuge der §§. 27 und 28 des Str.G.B. vorgeschriebene Verfahren angeordnet wurde. Im Dezember 1856 machte sie sich außerhalb ihres Heimathsortes verschiedener Vergehen schuldig.

Die Polizeibehörde stellte unter Hinweisung darauf, daß die wirkliche polizeiliche Aufsicht erst am 1. April 1856 begonnen habe, die Dauer derselben also erst am 1. April 1857 beendigt gewesen wäre, mithin durch die im Dezember v. J. stattgehabte willkührliche Entfernung der Angeschuldigten von ihrem Heimathsort ein Bruch der polizeilichen Aufsicht begangen worden sei, nach §. 28 den Antrag auf Bestrafung.

Das mittelrheinische Hofgericht sprach sie von der Anschuldigung des Bruchs der polizeilichen Aufsicht frei.

Gründe.

„— — Die Angeschuldigte konnte nicht auch des Bruchs der polizeilichen Aufsicht für schuldig erklärt werden. Denn die Uebertretungen, auf deren Grund sie auf Antrag der Polizeibehörde wegen dieses Vergehens in gerichtliche Untersuchung gezogen wurde, fallen sämmtlich in die Zeit nach Ablauf des Jahres für dessen Dauer sie unter Polizeiaufsicht gestellt war. Dieses Jahr hatte urtheilsmäßig bereits mit dem 28. September 1855 als dem Tage, an welchem die Angeschuldigte nach erstandener dreimonatlicher Kreisgefängnißstrafe aus der Strafanstalt entlassen wurde, zu laufen begonnen. Der Lauf war nicht etwa dadurch aufgeschoben worden, daß die Polizeibehörde unterlassen hatte, die zu Wirksamkeit der polizeilichen Aufsicht dienenden Maßregeln anzuordnen. Denn der zur Polizeiaufsicht Verurtheilte kann und soll die Vorschriften des §. 27 Str.G.B. über die Wirkungen dieser Strafe befolgen, auch wenn die Polizeibehörde keine besonderen Anordnungen zum wirksamen Vollzuge getroffen hat. Es darf die rechtliche Wirksamkeit gerichtlicher Strafurtheile nicht in völlige Abhängigkeit gesetzt werden von der Thätigkeit einer Polizeibehörde." O.

III.

Condictio indebiti unstatthaft bei einer auf richterliches Erkenntniß geleisteten Zahlung.

Jahrbücher XIX. S. 411 und 412.

Friedrich Lipp war durch rechtskräftiges Erkenntniß verurtheilt worden, 88 fl. 42 kr. an Wilhelm Schweis zu zahlen.

Nach dem Tode des Friedrich Lipp erwirkte Schweis unter dem 1. Dezember 1851 gegen die Testamentserbin des ersteren, die Christiane Knandel einen unbedingten Befehl zur Zahlung fraglicher 88 fl. 42 kr. und sodann auch die Hülfsvollstreckung; worauf die genannte Rechtsnachfolgerin des Fr. Lipp Zahlung leistete.

Einige Jahre nachher ergab sich aus den Verhandlungen über einen zwischen dem Bruder und Intestaterben des Friedrich Lipp, sowie dessen Testamentserbin geführten Rechtsstreite als sehr wahrscheinlich, daß von Friedrich Lipp noch bei dessen Lebzeiten dem W. Schweis auf fragliche 88 fl. 42 kr. vermittelst einer Abrechnung 72 fl. bezahlt worden seien.

Die Christiane Knandel klagte deßhalb auf Rückzah-

Digitized by Google

lung der nach ihrer Behauptung von ihrem Rechtsvorfahrer durch Abrechnung bezahlten und somit zur Ungebühr von Schweis erhobenen 72 fl. gegen letzteren, und erwirkte auch in erster Instanz ein obsiegendes Erkenntniß.

Auf die von Schweis dagegen ergriffene Berufung wurde aber die Klägerin vom unterrheinischen Hofgericht durch Urtheil vom 30. Juli 1856 No. 7010. III. Civil-Senat abgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Klage erscheint in Rechten nicht begründet. Denn der Rechtstitel für die Schuld, welche die Christiane Knandel bezahlt hat, ist der unbedingte Befehl vom 1. Dezember 1851.

So lange dieser wirksam besteht, kann die von der Knandel dem Schweis geleistete Zahlung, als auf eine vermeinte, aber nicht vorhandene Schuld geleistet und resp. irrthümlich oder wissentlich angenommen nicht erachtet werden; vielmehr ist es Sache des klagenden Theils, falls er damit auszureichen gedenkt, vorerst den, gegen ihn erlassenen unbedingten Befehl im Wege der Einsprache zu beseitigen *) und erst, wenn damit der Rechtsgrund der fraglichen Zahlung aufgehoben ist, diese selbst zu reclamiren.

Wilckens.

IV.

Wann gilt im Civilprozesse ein Eid als geleistet?

J. N., welcher als Kläger in einem Civilrechtsstreite nach hofgerichtlichem Urtheil einen Haupteid zu leisten hatte, wurde dazu unter Androhung des gesetzlichen Nachtheils vorgeladen. Er erschien und leistete den Eid, als aber das Protokoll vorgelesen war, weigerte er sich, dasselbe zu unterzeichnen, erklärte vielmehr, er wolle sich hierüber noch bedenken. Nachdem die Frist, welche er sich vorbehalten hatte, erfolglos verstrichen war, wurde derselbe auf Gegentheils Antrag wiederum zur Leistung desselben Eides, diesmal unter specieller Androhung des Rechtsnachtheils vorgeladen, erschien aber nicht, worauf der Gegentheil den Antrag stellte, den angedrohten Rechtsnachtheil nunmehr auszusprechen.

Das Hofgericht, an welches die Akten zur Erlassung des Purifikationsbescheids vorgelegt wurden, sah den Eid als verweigert an und bereinigte sein Urtheil mittelst Versäumungserkenntnisses. Man nahm nemlich an, daß die Bestimmung des §. 493 des Str.G.B., wonach das Verbrechen des Meineids erst von dem Augenblicke an für verübt und strafbar gilt, da das Protokoll über die Ableistung des Eids von dem Schwörenden unterschrieben oder bestätigt worden ist, auch über die in der bürgerlichen Prozeßordnung nicht gelöste Frage entscheide, wann ein Eid überhaupt als geleistet anzusehen sei. Eine endgiltige Eidesleistung kann nemlich civilrechtlich erst dann angenommen werden, wenn der Schwörende für dieselbe rechtlich einstehen muß und verantwortlich ist; so lange er aber für einen, wenn auch faktisch geleisteten, Eid nach dem Strafgesetz nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, besteht keine Garantie dafür, daß die eidliche Versicherung für den Schwörenden blos wegen religiöser Bedenken eine höhere Bedeutung gehabt habe, als die gleiche, nicht in Eidesform gegebene einfache Versicherung.

Stf.

*) Oder vielmehr Wiederherstellung auf den Grund neuentdeckter Beweise gegen den unbedingten Befehl nachzusuchen. D. R.

V.

Zur Anwendung des L.R.S. 63.

Ein katholisches Pfarramt hatte nach dem von ihm geführten Duplicate des bürgerlichen Standesbuchs in mehreren Trauungsfällen 3 Aufgebote vorgenommen.

Das betreffende Bezirksamt machte es deßhalb bei Prüfung jener Duplicate darauf aufmerksam, daß 2 Aufgebote genügten, und ein 3. nach L.R.S. 63 nicht zu erfolgen habe, beziehungsweise nicht in das bürgerliche Standesbuch einzutragen sei.

Die Kreisregierung in Mannheim billigte aber diese Bemerkung nicht, und sprach sich durch Erlaß vom 30. März d. J. unter No. 5927 dahin aus:

Es erscheint allerdings schon durch Vornahme jener 2 Aufgebote den Bestimmungen des Civilrechts Genüge geleistet; allein es ist damit nicht ausgeschlossen, wenn von Seiten der Kirchenbehörde zur Vornahme der Trauung, soweit solche ein kirchlicher Akt ist, noch ein 3. Aufgebot gefordert oder vorgenommen wird, wie denn nach canonischem Recht, insbesondere nach den Satzungen des Concil. Trident. 3 kirchliche Aufgebote verordnet sind, auch durch unsere Landesgesetzgebung, wie z. B. in der Ministerialverordnung vom 25. April 1811 Reg.-Bl. S. 50, sodann im Erlaß großh. Ministeriums des Innern, katholischer Kirchensection vom 20. November 1817 No. 13,205 anerkannt ist, daß neben den beiden staatsgesetzlich-

Digitized by Google

angeordneten Proclamationen noch eine dritte, kirchliche besteht, von welcher die Ordinariate, beziehungsweise die von diesen hiezu ermächtigten Pfarrämter dispensiren.

Wilckens.

VI.

Zu dem L.R.S. 1337.

Die mit dem Anerkenntniß einer Restschuld verbundene Abrechnung schafft für diese Restschuld einen neuen selbstständigen Klaggrund. Diesem letzteren gegenüber erscheint daher der ursprüngliche Rechtstitel der betreffenden Forderung nicht mehr als eine Ergänzung desselben, sondern als ein anderer Klaggrund, welcher in einem anhängigen Rechtsstreite, nach Abgabe der Vernehmlassung, in Gemäßheit des §. 303 der Pr.O. nicht mehr Gegenstand der Entscheidung werden kann.

Aus den Gründen zu dem Urtheil des III. Senates des unterrheinischen Hofgerichts vom 4. Oktober 1856 No. 9002. J. S. Christ gegen Hügel.

Wilckens.

VII.

In einer Vermögensübergabe darf ihrem Begriffe nach nicht die Absicht eines Kaufvertrags gesucht werden, und muß daher auch der von einem Uebergeber zur Herauszahlung an sich selbst ausbedungene (vorbehaltene) Theil der Anschlagssumme lediglich als eine Belastung der Schenkung und anticipirten Vererbung angesehen werden.

Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des Hofgerichts des Unterrheinkreises III. Civil-Senat vom 25. September 1856 No. 8746/47. J. S. der Grundherrn v. Adelsheim gegen Georg Vogel von Hergenstadt, Handlohnforderung betr.

Wilckens.

Prospect.

Allgemeine Schwurgerichtszeitung für Deutschland,

eine **Fortsetzung** der W. L. Demme'schen „Annalen deutscher und ausländischer Criminalrechtspflege" für Juristen und Nichtjuristen,

herausgegeben von

Dr. Wilhelm Ludwig Demme, jetzt in **Coburg,**

im Verlag der Herzogl. Hofbuchdruckerei daselbst.

Eine demnächst erscheinende Wochenschrift in Großoctav, wöchentlich wenigstens 1 Bogen; den Jahrgang zu 60 Bogen für 4 Thlr. **durch die Post** zu beziehen.

Diese Wiederaufnahme und Umgestaltung seiner „Annalen" war bereits vor 7 Jahren von ihm beschlossen und vor etwa 6 Jahren die diesfällige Vorbereitung vollendet. Wie das Schwurgericht der Rechtspflege den Stempel des Volksthums aufdrückt, sollten auch sie nun auf volksthümlichen Weg (aber unter Mitwirkung praktisch-freisinniger Männer vom Fach) Juristen **und** Nichtjuristen zum neuen Verfahren immer mehr heran-, das neue Verfahren selbst aber immer mehr ausbilden. Allein die Ungunst der Zeitverhältnisse trat dazwischen. Jetzt nicht mehr; und so ist auch diesem Plane seine Zeit gekommen. Sein Gegenstand hat unterdessen unbemeßlich an Terain gewonnen. Die Besorgniß der Wiederaufhebung schwurgerichtlicher Institutionen ist vorüber. Gingen doch erst vor Kurzem mehrere deutsche Staaten an ihre Einführung. Aber weder ihre **Gesetzgebung** noch ihre **Rechtspflege,** noch weniger die Heranbildung der Staatsgenossen zur lebendig werkthätigen Mitwirkung an ihrer Wahrheitwerdung hat bis jetzt ein gemeinsames Organ — gemeinsam für Juristen und Nichtjuristen, gemeinsam für alle deutschen Länder, sowohl für die wo sie bestehen, als für die wo sie nicht, noch nicht, oder doch nicht vollständig bestehen.

Ist hiernach der **Zweck** dieser aus den „Annalen" hervorgehenden „Allgemeinen Schwurgerichtszeitung": Durch- und Fortbildung des öffentlichen mündlichen Verfahrens vor volksgenossenen Geschworenen und rechtsgelehrten Richtern, so wirkt sie hierfür in fachwissenschaftlicher Richtung, doch ohne dem juristischen, den „Juristen" außerhalb des „Volks" setzenden Kastengeist Raum zu geben:

Digitized by Google

I. Durch fortlaufende Darstellung, beziehungsweis **erzählende** Mittheilung hervorragender Crimminalprozesse des **In- und Auslandes.** Fern davon, durch jene auf- und zusammenraffende Compilationen, die besten Falls in nichts Anderem bestehen, als in sogenannt pikanter Erzählung aufregender Situationen, den Heishunger nach Criminalgeschichten zu befriedigen, wird die Schwurgerichtszeitung bei Auswahl der aufzunehmenden Criminalfälle sich von der Aufgabe leiten lassen, Volk und Geschworene immer mehr zur neuen Rechtspflege heranzubilden, zugleich aber auch dem Juristen Gelegenheit zu fortbildenden Studien zu gewähren. Demnach wird sie

1) probehaltige Musterbilder zu liefern suchen, bald durch Mittheilung ganzer Verhandlungen, bald durch Wiedergabe einzelner Reden, sowohl des Präsidenten als des Staatsanwalts und der Vertheidiger — dies zugleich als Beiträge zur **Beförderung gerichtlicher Beredsamkeit.** Sie wird

2) an besonders ausgezeichnete Verhandlungen Betrachtungen anknüpfen, um dadurch diese oder jene Seite des Verfahrens zu beleuchten und Mängel oder tüchtige Leistungen anschaulich zu machen.

3) wird sie darnach streben, durch geeignete Mittheilungen und zweckmäßige Erörterungen jenen psychologischen Tact hervorzurufen, der bei einer Rechtspflege, die nur aus der Ueberzeugung ihren Ausspruch schöpft, so nothwendig ist.

4) wird sie eine kurze Zusammenstellung all der kreisgerichtlich („zuchtpolizeilich") abgehandelten Fälle geben, die nach irgend einer Seite besondere Beachtung von Juristen sowohl als Nichtjuristen verdienen.

II. Soll einerseits die Vergleichung schwurgerichtlicher Gesetzgebung des In- und Auslandes zur Fortbildung des Verfahrens benutzt werden, so ist doch andererseits neben dem Felde **positiver** Gesetzgebung auch die Theorie nicht außer Acht zu lassen. Die Schwurgerichtszeitung wird mithin auch Gesetz-**Vorschläge** und Beurtheilung von Gesetz-**Entwürfen** bringen, auf einzelne Mißstände der Gesetzgebung hinweisen, überhaupt auf jede bedeutende Erscheinung, es sei auf dem Gebiete der Literatur oder der gesetzgebenden Thätigkeit durch Mittheilung und Besprechung die Aufmerksamkeit lenken. So wird sie nicht allein im Volke immer mehr und mehr eine allgemeine Rechtskenntniß vermitteln, sondern auch zur **Verallgemeinerung** der verschiedenen deutschen Strafgesetzgebungen Behufs ihrer **möglichsten Annäherung und Verschmelzung** mit beitragen.

Um auch **da** Aufnahme zu finden, wo noch das alte Verfahren gilt, oder der Schwurgerichtshof aus rechtsgelehrten Richtern besteht, wird sie auch dorther Mittheilungen bringen, die Gelegenheit zur Vergleichsziehung geben.

Als ein für Juristen und Nichtjuristen gemeinsames Organ wird sie in der That die erste derartige Erscheinung auf dem Gebiete der Literatur und Rechtspflege sein. Helfe Jeder, dem ihr Prospect Interesse abgewinnt, sie mit begründen;

zunächst zwar dadurch, daß er auf sie abonnirt und sich dafür in seinem Kreis (bei Gemeinden, bei Denen, die auf der Geschworenen-Liste stehen u. s. w, angelegentlich verwendet;

dann aber — ist er Jurist — **vor Allem** dadurch, daß er sie als Mitarbeiter, resp. als Correspondent (durch Beiträge oder durch Mittheilung zu verarbeitender Materialien) unterstützt und seine diesfällige Zusage zur Voraus-Ermuthigung dem Herausgeber **unverweilt** erklärt. Möge diesem hier dasselbe Glück werden, das ihn während seiner Annalenredaction in den Stand setzte, die für die Fortbildung deutscher Rechtspflege hervorgegangenen Erfolge zu erzielen

Das Bureau der Allgemeinen Schwurgerichtszeitung zu Coburg.

Am 1. Juli l. J. ist das Probeblatt erschienen, dessen Vorwort also beginnt:

„**Mit Gott** tritt die neue Zeitschrift heute ins Leben."

Dieses Vorwort schließt mit dem Satze:

„Die himmlische Macht erhalte dem Unternehmen die gewonnenen Freunde und gebe ihm fortan Gedeihen, um durch die vereinte Kraft der zu ihm geistig Verbundenen zum Wohl des gesammten Vaterlands — vom Gestade des Vierwaldstädter See's bis zum Belt, vom Rhein bis zur Donau — für die geheiligten Interessen der Rechtspflege unter dem Panner des Fortschritts zu wirken."

Hierauf folgen 2 Criminalfälle mit der Aufschrift: „Familiencomplott zur Ermordung der Ehefrau und Schwiegertochter durch langsames Verhungernlassen ꝛc. von Dr. Casimir Pfyffer zu Luzern — (Schluß in der nächsten Nummer), und „Caſetan, der Mörder seiner zwei Frauen" von Ober-Tribunal Anwalt Dorn in Berlin. Den Schluß macht ein kurzer Aufsatz über „die Stellung der Staatsanwaltschaft" von Landvoigt von Buttel in Oldenburg.

Ohne jetzt schon über die Lebensfähigkeit dieser Zeitschrift ein Prognostikon stellen zu wollen, sei einstweilen hier nur der Wunsch niedergelegt, daß in der Folge zur Vermeidung sinnentstellender Druckfehler mehr Sorgfalt auf die Correctur verwendet werden möge.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 29.**

I.

Die Eidesleistung durch den Abwesenheits- und Prozeßpfleger.

Der Landrechtszusatz 111 b. stellt den Grundsatz auf:

„Der Abwesende bleibt in Bezug auf seine Rechtsvertretung u. s. w. seiner Sorgfalt eben so wie ein Anwesender überlassen, so lang er nicht vermißt wird u. s. w."

Bezüglich der Vermögensverwaltung ordnet L.R.S. 112 an:

„Wenn die Nothwendigkeit eintritt, für die Verwaltung aller oder einiger Güter zu sorgen, die ein Abwesender zurückgelassen hat, weil er vermißt wird (indem man nicht weiß, wo er hingekommen), und er keinen bevollmächtigten Geschäftsführer hat, so soll dessen ordentlicher Richter auf Begehren der Betheiligten hierüber das Nöthige nach Erforderniß der Umstände verfügen."

Hierzu verordnet §. 10 des II. Einf.Ed.:

„Die Obrigkeit setzt den vermißten Abwesenden, die keine bevollmächtigten Geschäftsführer haben .... von Amtswegen Pfleger.

Die Pfleger der Abwesenden werden auf ähnliche Art, wie die Pfleger der Minderjährigen, bestellt und verpflichtet, und haben mit ihnen dieselbe Obliegenheiten"

Nach L.R.S. 450 bestehen die Obliegenheiten des Vormunds, außer in der hier ausgeschlossenen Sorge für die Person, darin, daß er den Minderjährigen in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften vertreten und dessen Vermögen als guter Hausvater verwalten muß.

(Die in Annalen 1854 (XXI.) No. 36. I. 2. S. 282 mitgetheilte Entscheidung spricht sich über die Befugnisse eines solchen Abwesenheitspflegers aus.)

Wenn aber eine Klage gegen einen Inländer erhoben wird, für welchen, obschon er an unbekannten Orten abwesend, ein Pfleger noch nicht von Amtswegen bestellt ist, und sich dessen Abwesenheit entweder schon aus früheren Fällen nach der Anzeige des Klägers oder erst durch die berichtliche Anzeige des Vorstehers der Gemeinde, an welchen der Gerichtsbote nach §. 249 Pr.O. die für den von ihm nicht vorgefundenen Beklagten bestimmte Ladung abgegeben hat, damit jener die Einhändigung besorge, ergibt, so muß ein Pfleger für ihn zum Zwecke seiner Vertretung in dem erhobenen Rechtsstreit aufgestellt werden.

Der §. 274 der Pr.O. in der alten Fassung beschränkte sich in dieser Beziehung auf die einfache Vorschrift:

„Ist der Aufenthaltsort des Inländers blos unbekannt, so ist die Behändigung an den für ihn zu bestellenden Pfleger zu bewirken."

Ueber dieses allerdings etwas zu concise Gesetz erhoben sich alsbald mancherlei Controversen. Man wollte den Pfleger auf den Empfang der Einhändigungen beschränken, die Befugniß zur Führung des Prozesses aber ihm nicht einräumen

Annalen 1847 (XV.) No. 18. III. S. 131. 132.

Man kam deßhalb in Annalen 1848 (XVI.) No. 8. III. S. 52—55 zu der Auslegung, in diesem Paragraphen werde von dem durch die Administrativbehörde von Amtswegen für jeden vermißten Abwesenden, erforderlichen Falls nachträglich, zu bestellenden Pfleger gesprochen.

Dagegen machte die weitere Ansicht sich geltend, der in §. 274 Pr.O. erwähnte Pfleger sei weder ein Abwesenheitspfleger des Landrechts, noch auf die unthätige Rolle des Empfangs der Behändigungen beschränkt, sondern zur

Digitized by Google

Führung des Rechtsstreits vom Richter zu bestellen und nicht zu verpflichten

Annalen 1848 (XVI.) No. 32. I. S. 217.

Diesen Streitigkeiten setzte der den früheren §. 274 ersetzende §. 260 der Pr.O. in der neuen Fassung ein Ziel:

„Ist der Aufenthaltsort des Inländers nach dem Berichte des Ortsvorstehers blos unbekannt, so geschieht die Behändigung an einen Pfleger, welcher, sofern dem Vorzuladenden nicht schon nach §. 10 des II. Einf.-Ed. zum Landrecht ein Abwesenheitspfleger bestellt ist, zu seiner Vertretung in der anhängigen Streitsache vom Gerichte besonders aufgestellt wird."

Ueber die Auslegung dirses §. verbreitet sich ein Aufsatz (von E. Brauer) in Annalen 1853 (XX.) No. 21 II. S. 165—168 in eben so gründlicher als umfassender Weise, welcher unter Ziff 5 S. 167 die Stelle enthält:

„Ist auf Seiten der von ihm vertretenen Partei ein Haupteid oder Notheid zu leisten, so kann natürlich dessen Ausschwörung in der Regel nur in der, in Pr.O. §. 530 Ziff. 2 bestimmten Form des Nichtwissenseides (womit Pr.O. §. 580 Z. 2 zu vergleichen ist) stattfinden."

Dagegen ist in Annalen 1853 (XX) No. 22 VII. S. 176 eine Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts mitgetheilt, daß dem Abwesenheitspfleger ein Haupteid nicht zugeschoben werden könne.

Der Verfasser jenes Aufsatzes focht in No. 25 I. S. 193 der Annalen von demselben Jahr die in dieser Entscheidung zur Geltung gebrachte Ansicht als unhaltbar an, weil der Eid dem unbekannt wo? Abwesenden selbst nicht abgenommen werden, auch eine öffentliche Vorladung desselben nicht stattfinden könne, weil ferner der Pfleger nach §. 10 des II Einf.Ed. dieselbe Obliegenheiten habe, wie der eines Minderjährigen, weil endlich ein Ausweg für die Beendigung des Prozesses gefunden werden müsse, und der abwesende Inländer, „für den das Gesetz väterlich sorgen wollte," nicht als ungehorsam und den Eid verweigernd behandelt werden könne.

Demungeachtet hielt der Gerichtshof nach der Mittheilung in den

Annalen 1857 (XXIV.) No. 11 II. S. 85,

an seiner Ansicht fest, wogegen der Verfasser jenes Aufsatzes, in No. 15 II. S. 116—118 derselben, abermals in die Schranken trat.

Er scheint aber doch zu weit zu gehen.

Von vornherein dürfte die Richtigkeit seiner Behauptungen, der zur Vertretung eines unbekannt wo? abwesenden Inländers in einem einzelnen Rechtsstreit Aufgestellte habe schon zufolge seiner Eigenschaft als Pfleger eine **weit umfassendere** Gewalt als ein gewöhnlicher Anwalt oder Bevollmächtigter (Annalen 1853 S 167 Ziff 5), und das Gesetz habe **für den Abwesenden** väterlich sorgen wollen, gegründeten Bedenken unterliegen.

Fragen wir nemlich nach Veranlassung und Zweck der Aufstellung des Prozeßpflegers, so wird sich zuerst eine größere Fürsorge des Gesetzgebers zu Gunsten des Klägers als des abwesenden Inländers ergeben.

Denn abgesehen davon, daß das Gesetz der Obrigkeit erst dann zur Pflicht macht, sich um die Angelegenheiten eines vermißten Abwesenden zu kümmern, wenn die Betheiligten es beantragen,

L.R.S. 112,

und daß der Abwesende, dessen Dasein nicht anerkannt ist, bei Erbschaftstheilungen zu Gunsten der Miterben kurzweg übergangen wird, L.R.S. 136, daß also das Interesse der anwesenden Betheiligten überall vorzugsweise beachtet ist, so würde in dem Falle der Erhebung einer Klage gegen einen Abwesenden, des Letzteren Interesse dadurch wohl mehr gewahrt sein, daß der Staat dem Kläger überließe, jenen auszumitteln und an seinem Aufenthaltsorte zu belangen, als dadurch, daß er den Beklagten seiner Abwesenheit ungeachtet nöthigt, noch in seiner alten Heimath Recht zu nehmen. Damit, daß der Staat Letzteres thut, erfüllt er eine Pflicht gegen den Kläger, und übt er ein Recht gegen den Beklagten, welcher sich seinen Staatsbürgerpflichten nicht durch Entfernung aus dem Lande entziehen kann, sondern dieser Pflichten erst nach Verlust des Staatsbürgerrechts ledig wird,

§. 9 des VI Constitutionsedikts (Reg.-Bl. 1808. No. 18).

was namentlich bei heimlicher Entfernung erst dann der Fall ist, wenn der Abwesende als ausgetreten erklärt ist.

Vrgl. Justizministerialerlaß vom 3. Juli 1844. No. 3539. (M.B.O.Bl. No. 26),

mit §. 17 der landesherrlichen Verordnung vom 16. Dezember 1803. (Reg.-Bl. 1804. No. 3.)

Das Gesetz will also dem Kläger gestatten und demzufolge auch möglich machen, einen abwesenden Inländer,

Digitized by Google

so lange es ihn noch als solchen ansehen kann, im Inlande gerichtlich zu belangen. Hat derselbe einen Gewalthaber hinterlassen, so hat natürlich dieser den Abwesenden zu vertreten; ist aber ein Abwesenheitspfleger aufgestellt, dann ist dieser auch der Vertreter des Abwesenden vor Gericht.

Ist bei Erhebung der Klage der Abwesende weder durch einen von ihm selbst bestellten Gewalthaber noch durch einen von der Obrigkeit im Allgemeinen bestellten Abwesenheitspfleger vertreten, dann muß der Richter für Vertretung des Abwesenden in dem eingeleiteten Rechtsstreit sorgen, diesen Specialvertreter selbst ernennen (und verpflichten). Dieser Pfleger ist aber nicht mehr, noch weniger, als ein gerichtlich bestellter Gewalthaber, indem das Gesetz die dem Abwesenden obgelegene, aber unterlassene Fürsorge für seine Vertretung dem Gerichte zur Pflicht gemacht hat und dieses mit Aufstellung des Pflegers nur das nachholt, für was der Abwesende vor seiner Entfernung hätte sorgen sollen.

Es wäre nemlich ungeeignet, wenn das Gesetz einerseits dem Kläger gestattete, den Inländer, dessen Aufenthalt unbekannt ist, doch noch im Inlande zu belangen, andererseits aber nicht dafür sorgte, daß auch des Abwesenden Interesse irgend wie gewahrt werde. Eine öffentliche Vorladung desselben will es rücksichtsvoll nur ausnahmsweise zulassen, §. 258 Pr.O., und wenn derselbe unterlassen hat, für einen Vertreter zu sorgen, diese Sorge auf sich nehmen.

Die Zulässigkeit solcher gerichtlicher Fürsorge ist auch im gemeinen Recht anerkannt, nämlich, daß die Stellvertretung einer Partei in Verhinderungsfällen durch das Gericht angeordnet werden könne.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß 8. Auflage S. 318,

Der Pfleger, welchen der mit der Klage angegangene Richter nach §. 260 Pr.O. für den Abwesenden aufzustellen, hat zwar nicht alle die Rechte und Pflichten, wie der Abwesenheitspfleger des L.R.S. 112; denn er ist weder zur Vermögensverwaltung noch zur Vertretung des Abwesenden in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften berufen. Dieser ist Universalmandatar, procurator omnium rerum (universorum bonorum, cui generaliter libera administratio rerum commissa est). Der Erstere dagegen ist einfacher Prozeßgewalthaber, Particularmandatar-procurator unius rei, aber ad totam causam, welcher nur insofern etwa erweitertere Befugnisse hat, als er nicht, wie ein gewöhnlicher Gewalthaber, der Spezialvollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen bedarf.

Wenn auch nach altem römischen Rechte die Procuratoren schwören durften (aber nicht mußten) und durch ihren Eid dem Prinzipal nützten,

Bayer, a. a. O. S. 877,

so hing dies mit dem durch die litis contestatio bewirkten dominium litis zusammen.

Bayer, a. a. O. §. 115.

Der Procurator ist nur Stellvertreter der Parthie und wird nicht selbst Parthie. Soweit ein Stellvertreter für die Parthie handeln darf, kann der Abwesenheits-, beziehungsweise der Prozeßpfleger für sie eintreten, was aber die Parthie nur in eigener Person thun kann, das darf weder der universelle noch der particulare Stellvertreter der Parthie für sie thun; denn da, wo nur die Parthie handeln kann, hört alle Stellvertretung auf.

Dieß ist aber beim Eide schon nach römischem und gemeinem Rechte der Fall gewesen,

Bayer, a. a. O. S. 327 oben und S. 879 vor Ziff. 3,

und ist im Allgemeinen noch der Fall. Nur ausnahmsweise ist in dem §. 566 Pr.O. ein Gewalthaber zugelassen, wenn ein solcher von der schwurpflichtigen Partei speziell beauftragt ist, sofern der Gewalthaber allein den Wahrheitseid leisten kann, was bei dem Prozeßpfleger selten der Fall sein wird; wo aber die Partei selbst den Wahrheitseid zu leisten vermag, nur mit specieller Einwilligung der Gegenpartei.

Die specielle Ermächtigung von Seiten des Abwesenden kann aber nicht vom Richter ergänzt werden, wenn sonach auch die Gegenpartei zur Leistung des Eides durch den Abwesenheits-, beziehungsweise Prozeßpfleger zustimmen wollte, so fehlt es an der Zustimmung des Abwesenden, daß er sich durch den Eid des für ihn aufgestellten Gewalthabers gebunden erachten wolle.

Dem entgegen wird der §. 19 des 2. Einf. Ed. und der L.R.S. 450 citirt, wo ja ausgesprochen sei, die Pfleger der Abwesenden haben, wie die der Minderjährigen dieselbe Obliegenheiten, nemlich die in L.R.S. 450 bezeichneten. In diesem Landrechtssatz, der übrigens nur auf den Abwesenheits-, nicht auch auf den Prozeßpfleger anwendbar wäre, ist aber nur davon die Rede, daß, wie oben schon erörtert, der Pfleger den Mündel in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu vertreten habe. Dagegen wird das Verhältniß des Mündels zum Vormund und

Digitized by Google

ungekehrt bezüglich der Eidesleistung in den §§. 578. 579 Pr.O. besprochen, nachdem in §. 575 daselbst die Regel aufgestellt ist, daß vor zurückgelegtem sechszehnten Lebensjahre Niemand zur Leistung eines Eids zugelassen werde, wovon nach §. 576 eine Ausnahme nur nach zurückgelegtem vierzehnten Lebensjahre unter besonderer Ermächtigung stattfindet, bei deren Versagung nach §. 577 die Verschiebung der Eidesleistung bis zur Eidesmündigkeit von dem Gegner verlangt werden kann. Der §. 578 beschränkt dann die Eidesleistung der Vormünder oder Beistände statt ihrer Pflegbefohlenen — auf die Fälle der Eidesmündigkeit oder Eidesunfähigkeit der Letzteren; bei dem Abwesenden als solchem trifft aber weder das eine noch das andere dieser Merkmale zu, er ist namentlich nicht eidesunfähig, wenn gleich seiner Entfernung wegen nicht in der Lage, den von ihm verlangten Eid am Gerichtssitz sofort zu leisten.

Zudem ist wohl zu beachten, daß der Mündel vor zurückgelegtem 15., beziehungsweise 18. Jahre (L.R.S. 477. 478) nach L.R.S. 1124 unfähig ist, auch nur Verwaltungshandlungen (L.R.S. 481) vorzunehmen, daß daher nur durch Vermittlung des Vormunds ihn betreffende Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, welcher deßhalb auch die Thatsachen, worüber ein Eid zu leisten ist, in der Regel selbst und allein kennt; wogegen der einem Abwesenden bestellte Prozeßpfleger in der Regel von den zu beschwörenden Thatsachen keine Kenntniß aus eigener Wahrnehmung haben wird.

Hiernach kann die Eideszuschiebung nur an den abwesenden Beklagten selbst geschehen, und bei einem Notheid nur vom Beklagten dessen Leistung verlangt werden, und wenn der Beklagte durch seine Nachlässigkeit oder Böswilligkeit sich in die Lage versetzt hat, diesen Eid nicht leisten zu können, so hat er diesen Nachtheil selbst zu tragen, und kann weder von dem Heimathstaat, dem er Valet gesagt und der für seine Vertretung das Möglichste gethan hat, verlangen, daß dieser auch noch einem Andern die entscheidende Thatsache auf das Gewissen gebe, noch von seinem Gegner, daß der Nichtwissenheitseid eines Dritten dieselbe Wirkung habe, als hätte der Abwesende selbst den Nichtwahrheitseid geleistet.

In der Regel wird der Prozeßgewalthaber, weil ihm die entscheidende Thatsache unbekannt ist, den Nichtwissenseid getrost leisten und durch die Leistung dieses Eides dem mit Beweismitteln nicht ausgestatteten Kläger, welchem damit nichts weniger als gedient sein kann, die ganze Mühe des Prozessirens am Schlusse vereiteln, so daß der durchgefochtene Kampf Rechtens am Ende nur als kostspielige Spiegelfechterei erscheinen würde.

Verweigert aber der Prozeßpfleger ausnahmsweise aus Gewissenhaftigkeit den Eid, so wird der Abwesende, wenn dies ihm gegenüber später geltend gemacht werden will, sicherlich und mit Recht erklären, was geht mich die Eidesverweigerung des mir zum Gewalthaber aufgestellten Mannes an. Und wie soll sich der Abwesende gegen diese Eidesverweigerung helfen, wenn er später zurückkommt und unter deren Folgen leiden soll? Es gibt, wie auf den einen Seite Leute, die ohne Weiteres bereit sein werden, einen von ihnen verlangten Nichtwissenseid zu leisten, doch auch auf der andern Seite wieder zartere Gewissen, welche vor der Unbestimmtheit der Grenze des: „ich habe sorgfältiger Nachforschung ungeachtet die Ueberzeugung nicht erlangt," zurückbeben und denken, zu was soll ich mir für einen Mann Gewissensscrupel machen, der, statt fortzugehen, selbst für seine Angelegenheiten hätte sorgen können! Solche Leute werden den Eid verweigern, selbst wenn ihnen die Klage mehr oder weniger frivol und auf Ausbeutung der Abwesenheit des Beklagten berechnet, erscheint.

Das Gesetz hat alles gethan, wenn es auf der einen Seite dem Kläger möglich macht, gegen den Inländer trotzdem, daß er an unbekannten Orten abwesend ist, seine Ansprüche im Inland bis zur gerichtlichen Entscheidung zu verfolgen, und auf der anderen Seite doch auch für möglichste Vertretung des Beklagten trotz seiner Abwesenheit sorgte. Ist das Urtheil ein bedingtes, auf den Eid des Beklagten zu purificirendes, so ist der Beklagte zur Eidesleistung mit angemessener Frist, unter Androhung des gesetzlichen Nachtheils vorzuladen und diese Ladung dem für ihn aufgestellten Pfleger zu behändigen, der das Seinige thun mag, um dem abwesenden Beklagten davon Kenntniß zu verschaffen. Dieser hat aber keinen Grund zur Beschwerde hierüber, denn wenn die Sache an dem Punkt angelangt ist, wo die allein noch entscheidende Handlung nicht durch einen Vertreter, sondern nur durch ihn selbst vorgenommen werden kann, und wenn die Sache eben doch durchgeführt werden muß, so bleibt keine Wahl, seine Abwesenheit kann ihn nicht schützen, er muß die Folgen davon tragen, daß er sich selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, dem richterlichen Befehl nachzukommen.

Bleibt der Beklagte, was weitaus die Regel sein wird, in der zur Ableistung des Eides anberaumten Tag-

Digitized by Google

fahrt aus, so wird er unter specieller Androhung des Rechtsnachtheils speciell nochmals vorgeladen, diese Verfügung abermals dem für ihn bestellten Pfleger behändigt (§. 611 Pr.O.) und auf Antrag des Klägers in der zweiten Tagfahrt ein Versäumungserkenntniß erlassen, gegen welches der Abwesende innerhalb 4 Jahren, von der Zustellung an den Pfleger an gerechnet, Wiederherstellung auf den Grund seiner Abwesenheit nachsuchen kann.

§§. 615. 623 Pr.O.

Stf.

II.

Zur Lehre vom Zufall.

Wenn bei doppelseitigen Verträgen die eine Vertragssache zufällig untergehet, beziehungsweise die eine Leistung zufällig unmöglich wird, wann ist damit auch das Recht auf die Gegenleistung erloschen?

Der Beantwortung dieser Frage soll kurz Einiges zur Auslegung der hier einschlägigen, gesetzlichen Ausdrucksweisen vorangeschickt werden.

Der Natur der Sache nach trägt im Allgemeinen ein Jeder den zufälligen Verlust seines Rechts, ein jedes Recht stehet auf Gefahr seines Inhabers. Mit andern Worten: wenn die Ausübung eines Rechts zufällig unmöglich wird, also damit das Recht selbst verloren gehet, so trägt der Berechtigte den dadurch herbeigeführten Schaden, d. h. er kann von Niemanden Ersatz verlangen (casusa nullo praestantur). Dies gilt in und außer Vertragsverhältnissen, bei dinglichen und persönlichen Rechten. Da nun der Ausdruck „Verlust oder Gefahr tragen" so viel heißt, als den durch Zufall begründeten Schaden leiden, so kann, wenn eine Sache zufällig untergehet, oder eine Leistung unmöglich wird, von ebensoviel Personen gesagt werden, daß sie die Gefahr, den Verlust tragen, als Personen durch diesen Zufall Rechte einbüßen und so Schaden leiden; z. B. wenn meine Sache, an welcher dem A. eine Dienstbarkeit, und dem B. ein Forderungsrecht zustehet, untergehet, so tragen A., B. und ich die Gefahr, d. h. ich kann keinen Ersatz für meine untergegangene Sache fordern, der A. nicht für die erloschene Dienstbarkeit, und der B. nicht wegen Verlusts seines Forderungsrechts. Hieraus folgt: sagt das Gesetz bezüglich mehrerer bei einem zufälligen Verlust betheiligten Personen, daß diese oder jene Person die Gefahr zu tragen habe, so fällt auf dieselbe allein die Gefahr oder der Schaden (denn sonst müßte das Gesetz sagen, daß Sämmtliche oder Einige Gefahr und Schaden tragen). Wenn daher bei doppelseitigen Verträgen das Gesetz bezüglich des zufälligen Erlöschens einer Leistung von dem einen Contrahenten sagt, daß er die Gefahr trage, daß ihn der Verlust treffe, so lastet auf ihm allein der Schaden d. h., wenn er Gläubiger der untergegangenen Sache ist, so bleibt er neben dem Verlust seines Rechts auf die Sache Schuldner der Gegenleistung, und wenn er Schuldner der Sache war, so verliert er die Sache und das Recht auf das Aequivalent derselben, nemlich das Recht auf die Gegenleistung.

Geben wir nun auf die gestellte, nach römischem Recht so bestrittene Frage ein, so finden wir deren Beantwortung in einer Vergleichung des Wesens doppelseitiger Verträge mit der Bestimmung des S. 1138 im Code und Landrecht.

In doppelseitigen Verträgen erscheinen die gegenüberstehenden Forderungen von einander bedingt, die eine ist die Vertragsursache der andern, die Erfüllung der einen Forderung bedingt die Erfüllung der andern Förderung, S. 1184, so daß die Grundsätze von den Bedingungen hier entscheidend sind. Wenn daher die eine Verbindlichkeit erfüllt ist, so muß auch die gegenüberstehende Verbindlichkeit erfüllt werden, und das Recht hierauf ist und bleibt erworben; ebenso umgekehrt: wenn die Erfüllung der einen Verbindlichkeit zufällig unmöglich wird, erlöscht auch die gegenüberstehende S. 1168. 1179. Um aber zu bestimmen, wann eine Verbindlichkeit als erfüllt anzusehen ist, muß man den Zweck derselben in's Auge fassen, mit dem Zweck der Verbindlichkeit ist diese selbst erfüllt. Verbinden wir hiermit die Bestimmung des S. 1138 im Code und Landrecht, so kommen wir zur Unterscheidung zwischen Verbindlichkeiten auf Eigenthumsübertragung und solchen auf Gebrauchsüberlassung.

1) Bei Verbindlichkeiten, welche Eigenthumsübertragung bezwecken, ist nach S. 1138 gleich im Augenblick des Vertragsabschlusses das Eigenthum auf den andern Theil übertragen, also in diesem Moment schon die Verbindlichkeit ihrem Hauptzwecke nach erfüllt, es ist und bleibt daher das Recht auf Gegenleistung erworben, auch wenn vor der wirklichen Uebergabe die Sache zufällig untergehet, und die copulative Wortfassung („et") des fran-

Digitized by Google

zösischen Textes sagt ganz consequent, daß Eigenthum und Gefahr zu gleicher Zeit auf den Gläubiger übergehet. (In anderer Weise ist auch die disjunktive Wortfassung des badischen Textes nicht auszulegen, wie unten gezeigt wird.) Wo daher als Ausnahme des S. 1138 nach besonderer gesetzlicher Bestimmung in einem anderen Moment, als dem des Vertragsabschlusses das Eigenthum auf den andern Theil übergehet, gehet auch die Gefahr in diesem andern Moment über, und a contrario wo das Gesetz sagt, daß die Gefahr nicht schon im Moment des Vertragsabschlusses übergehet, da ist anzunehmen, daß auch das Eigenthum noch nicht übergegangen ist.

Uebergang der Gefahr und des Eigenthums wird gleichsam als gleichbedeutende Ausdrucksweise gebraucht; so in S. 1585. 1586. 1788. 1790. 1867. Am deutlichsten ergibt sich das Gesagte aus S. 1585 in Verbindung mit S. 1586. Dort ist bestimmt, daß Waaren, die nach Maaß ꝛc. gekauft werden, auf des Verkäufers Gefahr bleiben, bis sie zugemessen ꝛc. sind, während S. 1586 gleich darauf sagt, daß dagegen beim Verkauf in Bausch und Bogen das Eigenthum übertragen wird, ehe die Waaren zugemessen ꝛc. sind. Dort bleibt Gefahr und Eigenthum beim Verkäufer, hier gehen beide sogleich auf den Käufer über, und um dies auszudrücken, spricht das Gesetz einmal vom Uebergang der Gefahr, das andermal vom Uebergang des Eigenthums. Ebenso wird in S. 1867 Abs. 1 das Versprechen, Eigenthum einzulegen, von dem wirklichen Einbringen des Eigenthums in Abs. 3 unterschieden; darnach erwirbt die Gesellschaft im Falle des S. 1867 erst mit der wirklichen Uebergabe das Eigenthum, daher auch erst damit die Gefahr auf die Gesellschaft übergehet. In gleicher Weise gehet nach S. 1788. 1790 die Gefahr, somit auch das Eigenthum erst dann über, wenn die Sache überliefert, resp. als gut angenommen ist.

Eine Ausnahme finden wir nur in S. 1822. 1825, wo ausdrücklich gesagt ist, daß nicht das Eigenthum wohl aber die Gefahr übergehet (exceptio firmat regulam).

Auf den ersten Anblick könnte es erscheinen, daß nach dem französischen Text des S. 1138 Eigenthum und Gefahr, und nach der disjunktiven Wortfassung des badischen Textes wenigstens die Gefahr erst in dem Moment auf den Gläubiger übergehe, in welchem die factische Uebergabe der Sache zu geschehen habe; allein dem ist nicht so. Der Abschluß des Vertrags nemlich begründet die Verbindlichkeit zur Uebergabe der Sache, im Moment des Uebereinkommens ist diese Verbindlichkeit vorhanden, sie kann in abstracto nie von derselben getrennt angesehen werden. Wenn daher in concreto dem Schuldner der Sache zur Uebergabe eine Frist bewilligt wird, so ist die Verbindlichkeit zur Uebergabe zu einer betagten gemacht, die Verbindlichkeit selbst wird hierdurch nicht aufgeschoben, sie bestehet vom Augenblick des Uebereinkommens an fort, nur ihr Vollzug, die factische Uebergabe wird hinausgesetzt. S. 1185. Daß der Gesetzgeber von dieser Anschauung ausging, spricht er im Abs. 1 des S. 1138 klar in den Worten aus, daß die Verbindlichkeit zur Uebergabe, d. i. die Uebergabsschuldigkeit aus der bloßen Uebereinkunft entstehet. Der Moment des Uebereinkommens ist also der Moment der Uebergabsschuldigkeit, und dieser wieder nach Abs. 2 des S. 1138 der Moment, in welchem Eigenthum und Gefahr übergehen. Hierfür sprechen auch die S. 1136. 1137. 1245. 1302, wonach der Schuldner einer Sache bis zur Rückgabe nicht für den Zufall haftet, dieser also auf Gefahr des Gläubigers läuft; denn da hier nicht unterschieden wird, ob der Moment schon eingetreten ist, in welchem die factische Uebergabe zu geschehen hat, oder nicht, ob die Verbindlichkeit zur Uebergabe eine betagte oder nicht betagte ist, ist jene gesetzliche Bestimmung von der Zeit des Vertragsabschlusses an in Anwendung zu bringen. Daß das Eigenthum mit dem Vertragsabschluß übergeht, sagt auch ausdrücklich S. 1583.

Brauer zu S. 1138 kommt zu dem nemlichen Resultat, jedoch von einem andern Gesichtspunkt ausgehend. Er nimmt an, daß der Moment des Uebereinkommens ein anderer als der Moment der Uebergabsschuldigkeit sei, indem der letztere dem ersteren nachfolge, daß aber der Gesetzgeber in S. 1138 nur die Fälle vor Augen habe, in denen eine sofortige Uebergabe, und nicht eine Frist hierzu, bedungen sei. Allein diese Unterscheidung erscheint nach den allgemeinen, nicht unterscheidenden Worten des Gesetzes nicht als gerechtfertigt, und man müßte in dem Falle, wo zur Uebergabe eine Frist gegeben ist, nach der disjunktiven Wortfassung des badischen Textes sagen, daß Eigenthum und Gefahr zu verschiedenen Zeiten übergehen, was, wie ausgeführt, dem Wesen der hier fraglichen Verbindlichkeiten, sowie vielen gesetzlichen Stellen widerspricht.

2) Dagegen bei Verbindlichkeiten auf Gebrauchsüberlassung, ist die Verbindlichkeit erst dann und nur soweit

Digitized by Google

erfüllt, und also auch nur dann und soweit das Recht auf Gegenleistung erworben, wann und wie weit dem andern Theil der Gebrauch möglich gemacht wurde. Wenn daher nach Abschluß des Vertrags die Sache, deren Gebrauch dem andern Theil eingeräumt wird, zufällig untergehet, ehe demselben der Gebrauch möglich gemacht wurde, so ist auch dessen Verbindlichkeit zur Gegenleistung erloschen. Ist aber der eingeräumte Gebrauch theilweise bereits möglich gemacht worden, ehe die Sache untergehet, so ist auch die Verbindlichkeit zur Gegenleistung erloschen. Eben so verhält es sich, wenn der Eine dem Andern seine Dienste vermiethet hat, und die Leistung wird zufällig unmöglich, ehe der Letztere von den Diensten Gebrauch machen konnte.

Mit diesen — dem Wesen doppelseitiger Verträge entnommenen und der allgemeinen Bestimmung des S. 1138 angepaßten — Grundsätzen harmoniren auch die gesetzlichen Bestimmungen bei den einzelnen Arten von Verbindlichkeiten und Verträgen.

Man vergleiche

1) hinsichtlich der Verbindlichkeiten mit aufschiebender Bedingung Satz 1182. Hiernach bleibt ohne Ausnahme also auch bei Verbindlichkeiten auf Eigenthumsübergabe die Gefahr bis zum Eintritt der Bedingung auf Seiten des Schuldners, eben weil erst da seine Uebergabsschuldigkeit und der Eigenthumsübergang eintritt;

2) hinsichtlich des Kaufs als Vertrags auf Eigenthumsübergabe S. 1624. 1647. 1585. 1587. 1588. 1788. welch letzterem Satz ebenfalls ein Kauf zu Grunde liegt. (S. 1711[5]. Brauer zu S. 1787. Zachariä 4. Ausg. Bd. II. S. 440);

3) hinsichtlich der Bestandverträge als Verträge auf Gebrauchsüberlassung, (da auch beim Dienstverding der Eine von den Diensten des Andern Gebrauch macht), S. 1722. 1741. 1784. 1789. 1790. 1795. 1796. 1807. 1810. 1818. 1827. 1831. Fassen wir insbesondere das Werkverding, so weit es hier in Betracht zu ziehen ist, also für den Fall, wo der Besteller den Stoff liefert, ins Auge, so kann uns die Bestimmung des S. 1790, wonach die bereits geleistete Arbeit auf Gefahr des Arbeiters stehet, auffallend erscheinen. Nach den Grundsätzen nämlich, welche beim Dienstverding zur Anwendung kommen, hat der Arbeiter, soweit er die Arbeit geleistet, seine Verbindlichkeit erfüllt, und soweit auch das Recht auf Gegenleistung erworben, und soweit also stehet die Arbeit auf Gefahr des Bestellers; z. B. der Taglöhner erhält seinen Lohn bis zum Tag des Untergangs der Sache, an welcher er arbeitete, die geleistete Arbeit fällt daher dem Besteller derselben zum Verlust. Allein vergleichen wir das Werkverding mit den übrigen Dienstverdingen, so finden wir ein unterscheidendes Merkmal. Beim Werkverding nämlich entstehet durch Verbindung der Arbeit mit dem Stoff eine neue Sache, ein neues Werk, bei welchem oft der Stoff ein accessorium der Arbeit bildet (z. B. S. 571). An diesem neuen Werk erwirbt der Besteller erst mit der Ablieferung das Eigenthum (Zachariä Bd. II. S. 440. Note 4), also erst von dieser Zeit an gehet die Gefahr auf ihn über. Verschieden von den übrigen Dienstverdingen liegt dem Werkverding, auch wenn der Besteller den Stoff liefert, eine Eigenthumsübergabe zu Grund, und es ist zu bezweifeln, ob der Gesetzgeber dieses Werkverding in S. 1711[5] mit Recht einen reinen Bestandvertrag nennt;

4) hinsichtlich des Gesellschaftsvertrags S. 1865. 1851. Abs 1. 1867. Hier ist mit ausdrücklichen Worten die Unterscheidung zwischen Verbindlichkeiten auf Ueberlassung des Gebrauchs (Genusses) und Uebergabe des Eigenthums gemacht;

5) hinsichtlich der Darleihe S. 1893.

(In den Fällen, in welchen eine Verzugsetzung stattfand, eine Verschuldung eines Theils vorliegt, oder unterstellt wird, z. B. S. 1792. 1881. 1882, oder die Gefahr von einer Vertragsperson ausdrücklich oder stillschweigend; z. B. S. 1851 Abs 2 1883 übernommen wurde, finden die aufgestellten Grundsätze natürlich keine Anwendung).

Wie also gezeigt, haben den Gesetzgeber bei den hier einschläglichen Bestimmungen die Grundsätze über Bedingungen geleitet, wonach mit Rücksicht auf S. 1138 zu unterscheiden ist zwischen Verbindlichkeiten auf Eigenthumsübergabe und Gebrauchsüberlassung.

Gründet dagegen Pothier die Verpflichtung zur Gegenleistung darauf, daß dem gegebenen und angenommenen Versprechen unter allen Umständen (also auch dann, wenn die gegenüberstehende Leistung zufällig unmöglich geworden ist) nachgekommen werden müsse; — oder stellen andere das Princip an die Spitze „res perit domino“ und behaupten nun, durch zufälligen Untergang der Sache werde der Schuldner von seiner Verbindlichkeit, nicht aber der Gläubiger von seiner Gegenleistung befreit, weil jener Satz res perit domino nicht auf das Object der Gegenleistung passe und der Gläubiger sich darauf nicht berufen könne; — so ist mit diesen Grundsätzen offenbar zuviel gesagt, denn sie passen auf alle doppelseitige Ver-

Digitized by Google

träge, und man müßte daher die vielen bereits angeführten gesetzlichen Bestimmungen, welche das Gegentheil sagen (z. B. hinsichtlich der Miethe S. 1722) für Ausnahmen erklären.

Nimmt endlich Zachariä an (Bd. II. S. 298), daß nur dann, wenn von einer fortdauernden Leistung und Gegenleistung die Rede ist, das Recht auf Gegenleistung erlösche, wenn die andere Leistung zufällig unmöglich wird, so trifft dieser Grundsatz am Meisten mit der oben aufgestellten Theorie zusammen, weil die Gebrauchsüberlassung meist in einer fortdauernden Leistung bestehet; dies ist aber nicht immer der Fall, daher jener Grundsatz nicht immer anwendbar, z. B. ich vermiethe meine Flinte zu einem Schuß gegen ein gewisses Miethgeld und vor dem Gebrauch gehet die Flinte zufällig zu Grund; hier ist das Recht auf die Gegenleistung, auf das Miethgeld erloschen, S. 1722, und doch ist von keiner fortdauernden Leistung die Rede. Die von Zachariä gemachte Unterscheidung scheint mehr der äußern Beschaffenheit der im Gesetz ausdrücklich entschiedenen Fälle entnommen, als auf innere Gründe und das Wesen doppelseitiger Verträge gestützt zu sein. Wr.

III.

Zu §§. 127 und 1070 der bürgerlichen Pr.O.

J. S. Frank gegen Frank.

Der Beklagte, welcher sich durch das amtliche Purifikationserkenntniß beschwert glaubte, weil es unrichtigerweise eine Eidesverweigerung unterstelle, ergriff hiergegen die Berufung, welche er nach versäumter Frist zur Anzeige innerhalb der zur Einbringung der Beschwerdeschrift gegebenen Nothfrist durch 2 in kurzem Zwischenraume sich folgende selbstverfertigte schriftliche Eingaben zu rechtfertigen suchte. Diese Schriftsätze enthielten zwar im Wesentlichen das, was zur Begründung der Beschwerde zu sagen war, gleichwohl mußte dem Appellanten mit Bezug auf §. 1070 (vrgl. §. 127) Pr.O. eröffnet werden, daß dieselben als Grundlage für die Appellationsverhandlungen) nicht berücksichtigt werden können.

Hierdurch veranlaßt, beauftragte der Appellant einen Obergerichtsadvokaten mit seiner Vertretung und dieser reichte dann auch — jedoch erst nach Umlauf der Nothfrist — eine Beschwerdeschrift ein, in welcher zugleich die früheren Eingaben der Partei genehmigt werden.

Die hierbei entstandene Frage, ob die Appellation wegen Versäumung beider Nothfristen als unstatthaft zu verwerfen sei, wurde von dem Gerichtshof (Hofgericht des Unterrheinkreises III. Civ.-Sen.) verneint; es wurde demgemäß über die Appellation verhandelt und über die Materialien erkannt.

Die Entscheidung obiger Vorfrage stützt sich auf die Ansicht, daß in den §§. 1070 und 127 der Pr. O. die Einreichung der Schriften bei Collegialgerichten (Obergerichten) durch Anwälte aus der Zahl der Obergerichtsadvokaten nur deßhalb verlangt werde, weil die Ordnung erheische, daß die Parteivorträge, welche die thatsächliche Grundlage für die Entscheidung geben sollen, so beschaffen seien, daß sie diesen Zweck erfüllen, — daß der Zweck dieser Vorschriften nur der sei, den Weiterungen und Verzögerungen des Verfahrens vorzubeugen, welche durch die nothwendige Verbesserung untergeordneter oder unvollständiger Schriften entstehen würden — daß aber damit keineswegs den von der Partei selbst eingereichten Schriften jede Wirkung benommen werde, daß diese vielmehr dann, wenn ihr Inhalt im Wesentlichen den Erfordernissen eines geordneten Vortrags entspricht, zu Gunsten der einreichenden Partei immerhin geeignet sein, den aus dem Ablauf von Fristen drohenden Nachtheil abzuwenden.

Daß diese Ansicht der Absicht des Gesetzes gemäß sei, bekunden auch die Motive, welche von Weiler zu §. 131 der a. Pr.O. (dem unverändert gebliebenen §. 127 der n. Pr.O.) dahin angibt:

> „Für Aufrechthaltung der Ordnung muß, wie es überall und immer war, bei den Obergerichten die Uebergabe schriftlicher Handlungen und die Verantwortlichkeit für Formfehler an das Institut der Procuratur gebunden werden, weil hier bei gewöhnlicher Entfernung der Parteien, bei collegialer Besetzung des Gerichts und bei dem Geschäftsumfang die Prozeßhandlungen in Form und Inhalt bereits geordnet vorgebracht werden müssen, wenn nicht bei jedem Schritte Hemmungen eintreten sollen."

Der nachträglichen Genehmigung der Eingaben des Beklagten von Seiten seines Anwalts konnte kein Gewicht beigelegt werden, weil eine Genehmigung nur von dem Geschäftsherrn bezüglich der Handlungen seines Geschäftsführers ertheilt werden kann. B.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 30.**

I.

Rechtsfall, die Ablösung von Erbzinsen (Erbgülten) betreffend.

L.R.S. 710 fa und fb, insbesondere L.R.S. 710 fm. Inwieweit ist L.R.S. 710 fm noch anwendbar?

Im Jahr 1845 gab die großh. Generalwittwenkasse den Posthalter Armbruster'schen Eheleuten in Hausach ein Darleben auf Pfandurkunde. Später, im Jahr 1855, nach erfolgter Aufkündigung und Einklagung des Darlehens ersteigerte die Darleiherin die ihr verpfändeten Liegenschaften. Da auf diesen Liegenschaften ein zum Vortheil der Kaplanei Hausach bestellter Zins im Betrag von jährlich 62 fl. ruht, so verlangte die großh. Generalwittwenkasse von dem großh. katholischen Kirchenfiscus die Ablösung der fraglichen, von ihr als Erbrente bezeichneten Abgabe und zwar zum 18fachen Betrag mit 1116 fl. gemäß L.R.S. 530 und §. 5 des Ablösungsgesetzes vom 5. Oktober 1820 (Reg.-Bl. S. 109).

Zu näherer Begründung des Begehrens wurde in der Klage angeführt:

Es sei die fragliche Rente am 23. Juni 1787 von Handelsmann Fr. A. Werra's Wittwe, Maria Anna, geb. Glück zur Kaplanei in der Art gestiftet worden, daß sie jene Liegenschaften und noch eine Wiese ihrem Bruder Phil. Jakob Glück zu Eigenthum mit der Auflage vermacht habe, der Kaplanei jährlich und zu allen Zeiten richtig und sicher 95 fl. einzuliefern, wobei sie die fernere Bestimmung getroffen habe: „daß, wenn der Kaplan hiervon ein Stück Matten zur Unterhaltung einer Kuh für sich behalten wolle, ihm ein solches gestattet, hingegen aber der Werth desselben von obigen 95 fl. abgezogen werden solle; insofern aber sothane Bestimmung der Stifterin Bruder, vermeldetem Phil. Jakob Glück, nicht so gefällig sein würde, so wären diese Güter plus offerenti zu verkaufen."

Nun habe bisher der jeweilige Kaplan die s. g. Metzgermatte im Ertragswerth von 33 fl. zur Unterhaltung einer Kuh benützt, weßhalb die zu zahlende Rente nur noch 62 fl. betrage.

Von Phil. Jakob Glück seien die Liegenschaften mit der darauf ruhenden Rente noch im Jahr 1787 auf dessen Sohn, von Letzterem aber später an seine Schwester Katharina Glück, verehelichte Rillinger vererbt worden, welche dieselben dann mit Zustimmung ihres Ehemannes an Posthalter Armbruster, dem unmittelbaren Rechtsvorgänger der Klägerin, verkauft habe.

Der Beklagte gab die klägerischen Behauptungen in den Hauptpunkten zu, trug aber verschiedene Einwendungen vor, indem er namentlich geltend machte:

Die fragliche Stiftung sei schon im Jahr 1773 von Fr. A. Werra's Eheleuten gemacht und von dem Fürsten von Fürstenberg als damaligem Landesherrn bestätigt worden. Sowohl nach der betreffenden Urkunde vom Jahr 1773, als auch nach einem Nachtrag vom Jahr 1780 seien die Liegenschaften der Kaplanei eigenthümlich vermacht und den nächsten Blutsverwandten der Stifterin nur bestandweise, zum Bestandschilling von 75 fl. überlassen worden. Hiemit stimme auch die Erklärung der Wittwe Werra vom 15. Juni 1787 überein, nur sollte der Bestandzins hiernach 95 fl. betragen.

Die Ablösung des Zinses nach dem Ablösungsgesetz vom Jahr 1820 sei daher schon deßhalb nicht statthaft, weil die Verwandten der Stifter kein ungetheiltes, volles Eigenthum erworben hätten. A.G. §. 2.

Auch sei der fragliche Zins nicht, gemäß A.G. §. 1, an jeden getreuen Inhaber des Zinsrechts zu bezahlen, da das bezügliche Recht der Kaplanei ein Theil

Digitized by Google

ihrer Dotation und auf ewige Zeiten lediglich für diese Kaplanei gestiftet sei.

Endlich sei das Ablösungsgesetz nach seinem Eingang nur zum Vollzug des §. 11 der Verfassung erlassen, es finde daher nur auf die „bereits für ablöslich erklärten Grundlasten" Anwendung, wozu die fragliche Last nicht gehöre.

Die Klägerin erklärte hierauf, daß ihr von den angeführten früheren Urkunden nichts bekannt sei. In Bezug auf das angefochtene volle Eigenthum der Blutsverwandten der Stifterin berief sie sich auf verschiedene wörtlich von ihr angegebenen Stellen des Stiftungsbriefes vom 22. Juni 1787, sowie darauf, daß das Eigenthum bei dem jeweiligen Uebergang nicht auf den Namen der Kaplanei (Pfarrei Hausach), sondern auf den Namen der Güterbesitzer, des Phil. Jakob Glück, sowie seiner genannten Nachfolger, in das Grundbuch eingetragen worden sei.

Diese Thatsachen, sowie die erwähnten Stellen der Urkunden vom Jahr 1787 wurden von Seiten des Beklagten als richtig zugegeben.

Das Untergericht (Stadtamt Karlsruhe) entschied ganz nach dem Begehren der klagenden Generalwittwenkasse, wogegen die Beklagte wegen Nichtberücksichtigung ihrer Einwendungen die Berufung an das Hofgericht des Mittelrheinkreises ausführte.

Unter dem 18. August d. J. erging aber ein bestätigendes Urtheil von Seiten des Obergerichts. In der Auffassung des Streitverhältnisses und in der rechtlichen Begründung des Erkenntnisses wich das Obergericht zum Theil von der Ansicht des Untergerichtes wesentlich ab. Da hiebei verschiedene Fragen von rechtlichem Interesse, darunter namentlich die noch wenig besprochene Frage, inwieweit L.R.S. 710 lm noch Gültigkeit hat, zu näherer Erörterung kamen, so lassen wir den die rechtliche Ausführung enthaltenden Theil der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, begleitet von einigen erläuternden und unterstützenden Noten hier folgen:

Nach Vorschrift und in richtiger Auffassung der hier maßgebenden Gesetze, namentlich des L.R.S. 710 ka und kb in Vergleichung mit L.R.S. 530 a und des L.R.S. 710 lm in Verbindung mit dem schon erwähnten Ablösungsgesetz vom 5. Oktober 1820 [1]) und in Vergleichung mit §. 11 der Verfassungsurkunde, erscheint das klägerische Ablösungsbegehren unter folgenden Voraussetzungen rechtlich begründet:

1) Vor Allem muß eine Erbgült oder ein Erbzins im Sinne des Gesetzes vorliegen, d. h. (nach L.R.S. 710 ka) eine Abgabe in Bodenerzeugnissen oder in Thieren oder Geld, [2]) welche ein Eigenthümer vom Genuß eines ihm gehörigen Guts an jeden getreuen Inhaber des Gültrechts zahlen muß. Vrgl. §. 1 und 3 des Ablösungsgesetzes vom Jahr 1820.

2) Die Abgabe darf demgemäß und nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 2 des angeführten Ablösungsgesetzes nicht eine solche Abgabe sein, welche von einem Erblehen oder Erbbestandgut, überhaupt von einer solchen Liegenschaft zu entrichten ist, wovon das volle Eigenthum nicht dem Gült- oder Zinspflichtigen, vielmehr das Obereigenthum einem Andern zusteht. Das Eigenthum an dem Gut darf nicht im Sinne des L.R.S. 544 c und 577 aa und ab ein zertheiltes sein.

3) Die fragliche Abgabe (hier Erbzins, da sie in Geld bestehen soll) muß eine solche sein, die nach Maßgabe des in dieser Beziehung zur Richtschnur dienenden L.R.S. 710 lm [3]) überhaupt für wiederkäuflich oder ablöslich gilt, mithin eine solche, von welcher nicht urkundlich erwiesen werden kann, daß sie ursprünglich unablöslich errichtet wurde. Was diesen letzten Punkt betrifft, so könnte es allerdings nach dem Wortlaute der §. 1 und 3 des mehrerwähnten Ablösungsgesetzes [4]) schei-

---

[1]) Die Vollzugsverordnung zu diesem Gesetz findet sich im Reg.-Bl. 1821, S. 103. Vergl. besonders §. 1 und 2 derselben.

L.R.S. kb bestimmt, daß neue Gülten und Zinsen nur noch in der Form von Erbrenten nach L.R.S. 530 bestellt werden können, die alten dagegen fortdauern, soweit sie durch gültige Rechtstitel oder verjährten Besitz gedeckt sind. Hiemit ist die ähnliche Bestimmung des L.R.S. 530 zu vergleichen.

[2]) Besteht die Abgabe in Erzeugnissen des Bodens, so heißt sie nach der Sprachweise des Landrechts Erbgült (im engeren Sinn), besteht dieselbe aber in Geld oder Thieren, so heißt sie Erbzins. So auch im bayerischen Landrecht, IV. cap. 7. §. 9. Vergl. jedoch hiezu Note 4 unten.

[3]) Die §. 1 und 2 des Ablösungsgesetzes geben die Begriffsbestimmung der Grundgülten und Zinsen dem Landrecht entsprechend wieder, der §. 3 aber besagt: „Die in den §. 1 aufgestellten Begriff fallenden Gülten und Zinsen sind unter folgenden Bestimmungen der Ablösung unterworfen."

[4]) Wenn dieser L.R.S. blos von Erbgült spricht, so läßt sich doch überall nicht bezweifeln, daß er ebensowohl auch auf den Erbzins zu beziehen ist. Der Ausdruck Gülten im weiteren Sinne umfaßt nach bekanntem Sprachgebrauch des deutschen Privatrechts auch die Erbzinsen. Vergl. die in Note 8 genannten Schriften, namentlich auch die Reichspolizeiordnung. Dieß bestätigt der in L.-

nen, als seien nunmehr alle, auch die früher gesetzlich ausgenommenen Erbgülten und Erbzinsen unbeschränkt ablöslich, was auch Bekk nach einer beiläufigen Bemerkung in den Annalen der badischen Gerichte, Jahrg. X. S. 2 anzunehmen scheint. [5]) Allein das fragliche Ablösungsgesetz sollte, wie dessen Eingang ausdrücklich kund gibt, nur die Verheißung des §. 11 der Verfassungsurkunde in Ausführung bringen, wonach für die bereits für ablöslich erklärten Grundlasten und Dienstpflichten und alle aus der Leibeigenschaft herrührende Abgaben ein angemessener Ablaufsfuß reguliert werden sollte. Daß in dem §. 3 des Ablösungsgesetzes nicht eine weitergehende unbeschränkte Ablösbarkeit der Gülten und Zinsen eingeführt werden sollte, wird durch den Commissionsbericht der zweiten Kammer erstattet vom Abgeordneten Ruth, vollkommen bestätigt, indem darin bemerkt ist: „der Inhalt des §. 3 ist bereits durch den §. 11 der Constitution ausgesprochen."

Vrgl. Verhandlungen der zweiten Kammer der Ständeversammlung von 1820, Heft 7 S. 108, auch Heft 4 S. 5 und 40.

Wendet man die aufgezeigten gesetzlichen Bestimmungen näher auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich:

Zu 1.) Nach dem unbestrittenen Inhalte des zunächst entscheidenden jüngsten Stiftungsbriefes vom Jahre 1787 kann nicht bezweifelt werden, daß die damals dem Phil. Jakob Glück vermachten Grundstücke, diesem und seinen Rechtsnachfolgern zu Eigenthum verliehen wurden, obwohl mit der Verpflichtung der Bezahlung eines jährlichen Zinses an die Kaplanei. Es ist dies aus dem vierten Artikel des Stiftungsbriefes (A. Act S. 20 21) so klar zu ersehen, daß hierüber kein Zweifel obwalten kann. Insbesondere steht auch die allgemeine Fassung des ersten Artikels der Unterstellung des dem Bruder vermachten Eigenthums keineswegs entgegen. In vollkommener Uebereinstimmung mit diesem vierten Artikel des jüngsten Stiftungsbriefes, in dessen Eingang auf eine Finaldeclaration vom 15. Juni 1787 Bezug genommen wird, steht aber die ebenfalls zugestandene wichtige Thatsache, daß seither jeweils der Eintrag des Eigenthumes in das Grundbuch auf den Namen des Glück und seiner Rechtsnachfolger statt fand. Auf die etwa in älteren bezüglichen Urkunden vorkommenden abweichenden Ausdrücke und Erklärungen kann unter diesen Verhältnissen nichts weiter ankommen; das klägerische Eigenthum steht nach Obigem fest.

Als getreuer Inhaber des Gült- oder Zinsrechtes erscheint im vorliegenden Falle der jeweilige rechtmäßige Inhaber der Pfründe, zu deren Gunsten die Last bestellt wurde. Daß ein solcher Inhaber des Rechtes als Priester gewisse besondere Eigenschaften haben muß, daß die Inhabung an gewisse besondere Bedingungen geknüpft ist, die nicht jeder ohne Unterschied erfüllen könnte, kann die Anwendung des L.R.S. 710 fa offenbar nicht ausschließen, wie schon der bekannte Umstand bestätigt, daß Pfarreien und Stiftungen so wie sonstige moralische Personen sich häufig im Besitze von Gült- oder Erbzinsen befanden und noch befinden. Das Gesetz will jeden getreuen Inhaber ohne Unterschied als Berechtigten anerkennen [6]), keineswegs will dasselbe ausdrücken, daß im einzelnen Falle jeder ohne Unterschied zur Inhabung müsse gelangen können. Dieß läßt sich aus den Grundsätzen des deutschen Privatrechts über die Natur der Gülten und Grundzinsen klar erkennen.

Vrgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht. §. 173.
Gerber, deutsches Privatrecht. §. 168.
Walter, deutsche Rechtsgeschichte. §. 551. 561.

Zu 2.) Ein zertheiltes Eigenthum im Sinne des Gesetzes, wonach der Kaplanei das Obereigenthum, den Besitzern der fraglichen Grundstücke aber nur das Nutzeigenthum zustehen würde, kann hier überall nicht als vorhanden angenommen werden. Die Rechtserwartung des einstigen Heimfalls des Genusses auf

---

L.R.S. 710 fa selbst so gebrauchte Ausdruck „Inhaber des Gültrechts" in Vergleichung mit den meisten folgenden Sätzen. Uebrigens spricht ja L.R.S. 710 fm ausdrücklich auch von Frucht oder Vieh. Es kann daher nicht von analoger, sondern nur von unmittelbarer Anwendung des L.R.S. 710 fm die Rede sein.

[5]) Bekk spricht dort von den „Erbzinsen, die durch das Gesetz vom 5. Oktober 1820 nun allgemein, und soweit sie auf dem Zehnten ruhen, jetzt speciell durch das Zehntablösungsgesetz, für unbeschränkt ablöslich erklärt sind." —

Vergl. übrigens auch die vorausgehende Note S. 1 a. a. O. und besonders Bekks dingliche Rechte an Liegenschaften §. 8. S. 13 und §. 19. S. 26.

[6]) Der richtige Sinn ergibt sich klar aus der Vergleichung des L.R.S. 710 a, worin der Begriff der Erbdienstbarkeit im Allgemeinen bestimmt wird (L.R.S. fa ist nur eine Anwendung auf die besondere Art) mit dem L.R.S. 710 ga worin, im Gegensatz hievon, der Begriff der Grundpflichtigkeiten festgestellt wird.

Digitized by Google

bestimmte Fälle nach L.R.S. 544c ein wesentliches Merkmal des Grundeigenthums oder Obereigenthums, findet im vorliegenden Falle überall nicht statt. Ueberdieß ist nach dem bestimmten Ausspruch des L.R.S. 577ab das Dasein eines zertheilten Eigenthumes nur da anzunehmen, wo in Veränderungsfällen von dem neuen Besitzer eine besondere Anerkenntniß des Grundeigenthums nach bestimmten Formen, z. B. durch Erbleihernenerung, Handlohnzahlung, Platz greift; auch dieses nothwendige Kennzeichen des zertheilten Eigenthums fehlt im streitigen Falle gänzlich. Am Schlusse des angeführten Landrechtsatzes ist aber noch besonders ausgesprochen, daß bei dem Mangel dieses Kennzeichens der Besitzer voller Eigenthümer sei, wenn er gleich vom Genuß eine Gült an einen Andern gebe, es möge auch in den alten Urkunden noch so viel von einem Eigenthum des Gültbeziehers die Rede sein.

Zu 3.) Wie schon oben gezeigt wurde, muß die Frage der Ablöslichkeit des in Frage stehenden Erbzinses nach den Vorschriften des Landrechtes entschieden werden. Ein anderes maßgebendes Gesetz, worauf §. 11 der Verfassungsurkunde bezogen werden könnte, ist nicht gegeben.*)

Hiernach muß aber die fragliche Abgabe zufolge der allgemeinen Regel des L.R.S. 710lm für eine wiederkäufliche erklärt werden, indem es nicht urkundlich nachgewiesen ist, daß sie ursprünglich als unablöslich errichtet wurde.

Wenn man auch die gesetzliche Ausnahme nicht in dem allerstrengsten Sinne dahin auffassen wollte, daß in jedem Falle eine ganz ausdrückliche unmittelbare Erklärung der Unablöslichkeit in der Urkunde zu verlangen wäre, sondern sich etwa auch mit einem anderen, gleich klaren Nachweis aus der Urkunde selbst begnügen möchte (vrgl. Brauer's Erläuterungen Bd. I. S. 562), so muß doch immerhin die Ausnahme als solche einer strengen Auslegung unterliegen. Es kann demgemäß die allerdings in der Urkunde (Art 4) vorkommende Bestimmung, daß der Zins „jährlich und zu allen Zeiten richtig und sicher" einzuliefern sei, für sich nicht genügen, um die bedungene Unablöslichkeit der Rente darzuthun, denn durch jene Ausdrücke wurde nur die Natur der Abgabe als eines nicht auf gewisse Zeit beschränkten, sondern ständig wiederkehrenden, fortdauernden Zinses bezeichnet, ohne daß darin ein Ausschluß des künftig etwa möglichen Wiederabkaufs der Last gefunden werden kann.

Wenn man dabei zunächst an den Fall des Wiederabkaufs gar nicht gedacht haben mag, und wenn Reallasten, und insbesondere Grundzinsen, nach der ursprünglichen Ansicht wohl in der Regel eher als für ewige Zeiten bestellt betrachtet wurden **), so ist dieses dem bestimmten Ausspruch des L.R.S. 710lm gegenüber ohne entscheidendes Gewicht.

In dem erwähnten vierten Artikel des Stiftungsbriefes findet sich allerdings die schon im Eingang angeführte besondere Bestimmung wegen etwaiger Seldsbenützung

*) Von Einführung des Landrechts bis zur Verkündung der Verfassung erschien kein weiteres hieher gehöriges Gesetz. Die späteren auf Ablösung alter Abgaben bezüglichen Gesetze vom 5. August 1824, 14. Mai 1825 und 14. Mai 1828 sind für die obige Frage ohne Bedeutung; sie betreffen aus der Leibeigenschaft entspringende und andere ähnliche Abgaben.

Für die etwa als Zehntlasten sich darstellenden Gülten und Erbzinsen ist allerdings das Zehntablösungsgesetz entscheidend, in Folge dessen derartige Lasten hinfort als unbeschränkt ablöslich erscheinen. In Bezug auf diese gestaltet sich daher das Rechtsverhältniß eigenthümlich und zwar auch hinsichtlich des Ablösungsfußes (§. 39, das 20fache). Ein Rückschluß von diesen auf andere Gülten und Zinsen kann jedoch nicht Statt finden.

Das bekannte Gesetz über Aufhebung der Feudalrechte vom 10. April 1848 bezieht sich nach seiner Ueberschrift und nach seinem Zweck, sowie nach den aufgezählten Beispielen nur auf Feudalrechte. Buchstäblich genommen würde freilich sein bekannter wundersam gefaßter Eingang den logischen Schluß rechtfertigen: Wenn man die dort bezeichneten Landrechtssätze **als nicht erlassen betrachtet**, so bleibt für Erbdienstbarkeiten u. s. w., mithin auch für Gülten und Zinsen, **kein Verpflichtungsgrund übrig**, diese sind also aufgehoben. — — —

Bemerkenswerth ist es, daß im Jahr 1825, gemäß Gesetz vom 14. Mai, zu Gunsten der Standes- und Grundherrn und gewisser Corporationen Staatsrenten, die für den Gläubiger unauflöslich sind, eingeführt wurden. Vergl. Reg.-Bl. 1825. S. 41.

**) Vergl. auch hierüber: Mittermaier, deutsches Privatrecht, §. 173. 176 der sechsten Ausgabe, Gerber, deutsches Privatrecht, §. 167.

Insbesondere wurde die Unablöslichkeit angenommen, wo die Rente als „Ewiggeld" bestellt wurde. Uebrigens kamen auch schon in älteren Zeiten gesetzliche Bestimmungen über Ablösung vor, wie in Hamburger Statuten aus dem dreizehnten und vierzehnten Jahrhundert.

Vergl. Walter, deutsche Rechtsgeschichte, §. 851; insbesondere Note 1 und 2. Wegen des dem Verkäufer von Gülten zu gestattenden Ablösungsrechtes enthielten auch mehrere Reichsgesetze Vorschriften.

Vrgl. Reichspolizeiordnung von 1548. Tit. 17. §. 8.
Desgleichen von 1577. Tit. 17. §. 9.

Digitized by Google

eines Stücks Matten durch den Kaplan und wegen etwaigem Verkaufs der Liegenschaften an den Mehrbietenden. Hieraus läßt sich jedoch die nothwendige Unablöslichkeit des Erbzinses nicht darthun, da die bezügliche Anordnung nur als eine dem damaligen Kaplan, gegenüber dem Bruder der Stifterin, nicht etwa dem jeweiligen Kaplan, gegenüber jedem späteren Grundbesitzer, gewährte Gunst zu betrachten ist, somit als eine Vorschrift von blos vorübergehender Anwendbarkeit erscheint, wie aus der Beschaffenheit der Anordnung im Allgemeinen und insbesondere aus dem Ausdrucke „der Kaplan" im Gegensatz zu dem kurz vorher gebrauchten Ausdruck „der Kaplanei," so wie aus der in Bezug auf das Recht des Bruders getroffenen, nur für diesen passenden Bestimmung zu erkennen ist.

Steht hiernach die Ablösbarkeit der Rente fest, so ergibt es sich von selbst, daß der in §. 5 des Ablösungsgesetzes festgesetzte Maßstab (der 18fache Betrag des Zinswerthes) zur Anwendung kommen muß. In dieser Richtung ist L.R.S. 710 lm unzweifelhaft abgeändert. *)

Nach Obigem ist das Urtheil des Unterrichters, welcher nach dem Klagbegehren erkannte, lediglich zu bestätigen.

Die Kosten des zweiten Rechtszugs fallen dem Beklagten nach Pr.O. §. 167. 168 zur Last.

Emmd Brauer.

II.

Entschädigung wegen Fahrlässigkeit eines behandelnden Arztes.

Kurrus gegen Hasenohr.

Am schwersten ist gegen einen Sachwalter, Arzt oder Wundarzt mit einer Schädenklage durchzudringen, sagt Zachariä Bd. II. §. 444 seines franz. Civilrechts. Es dürfte deßhalb folgender Rechtsstreit für die Leser dieser Blätter von Interesse sein.

Der 9½ Jahr alte Sohn des A. Kurrus von Endingen fiel am 1. Juni 1849 von einem etwa 20' hohen Baum herab und brach den rechten Vorderarm. Alsbald wurde der prakt. Arzt und Wundarzt Hasenohr um ärztliche Hilfe angegangen und durch ihn auch sofort zur Einrichtung des Bruches und Anlegung des Verbandes geschritten. Die Einrichtung geschah durch gewaltsame Ausdehnung und Gegenausdehnung. Es wurde dann ein Contentivverband nach Seutin's Methode, d. h. ein s. g. Pappverband angelegt, und über demselben zwei Schindeln festgebunden. Obgleich der Verletzte schon bei Anlegung des Verbandes über heftige Schmerzen klagte und ihn am gleichen Tage Abends bereits Ohnmachten befallen hatten, so fand sich der behandelnde Wundarzt doch nicht veranlaßt, den allzufest gebundenen Pappverband zu lösen. Der Kranke verfiel schon am 2. Tage in Krämpfe, welche von H. selbst als Wundstarrkrampf (tetanus traumaticus) bezeichnet wurden. Zur Rettung des Verletzten schlug nun H. die Amputation des verletzten Vorderarmes vor. Hiezu gab aber A. Kurrus seine Einwilligung nicht. In Folge des Brandes, der bereits das Ellenbogengelenke zerstört hatte, mußte am 5. August der rechte Vorderarm (die Hand war bereits früher abgefallen) vollends abgestoßen werden. Auf Veranlassung der Sanitätsbehörde wurde gegen H. eine gerichtliche Untersuchung wegen fahrlässiger Körperverletzung eingeleitet, durch Erlaß großh. Hofgerichts vom 15. Oktober 1850 aber ausgesprochen, daß wegen Mangels des Beweises an dem Thatbestand einer gerichtlich strafbaren Fahrlässigkeit kein Grund zum weitern Einschreiten vorhanden sei.

Nun erst trat der Vater des J. A. Kurrus vor dem Civilgerichte mit einer Entschädigungsklage Namens seines Sohnes auf und bat, den behandelnden Arzt wegen grober Kunstfehler zur Bezahlung einer jährlichen Rente von 30 fl. oder eines Kapitals von 600 fl. an seinen Sohn und zur Vergütung der Abwartgebühren zu verurtheilen. Daß die Civilklage, auch nachdem festgestellt ist, daß keine gerichtlich strafbare Fahrlässigkeit vorliege, doch noch begründet sein könne, wird nicht bestritten werden wollen. Vrgl. oberhofger. Jahrb. n. F. Jahrgang XI. S. 269.

Es kann sich also nur noch um die Frage handeln, ob der Beklagte wirklich bei der chirurgischen Behandlung einen Kunstfehler, und damit ein Versehen im Sinne des L.R.S. 1383 sich habe zu Schulden kommen lassen.

*) Wird eine bestimmte Art von Erbgülten oder Erbzinsen nach Maßgabe des L.R.S. 710 lm und des Ablösungsgesetzes für ablöslich erkannt, so ist, vorausgesetzt, daß der Pflichtige den Loskauf verlangt, unzweifelhaft der in §. 5 des Ablösungsgesetzes bestimmte Ablösungsfuß in Anwendung zu bringen. Wird dagegen dieselbe in Aufrechthaltung des L.R.S. 710 lm ausnahmsweise als unablöslich anerkannt, so kann auch ein Ablösungsfuß nicht weiter in Frage kommen. Der in L.R.S. 710 lm festgesetzte 25fache Betrag kann daher in keinem Falle mehr zur Anwendung kommen, weder unmittelbar noch annalog. Die von Bekk in Annalen Jahrgang X. S. 1 in der Note vorgesehene Annalogie wird wohl in keinem Falle mehr Platz greifen können.

Nach den sowohl im strafrechtlichen Verfahren als in gegenwärtigem Rechtsstreite erhobenen Gutachten der Gerichtsärzte und der medizinischen Fakultät in Freiburg steht aber nun fest, daß schon bei Einrichtung des Armes durch gewaltsame Ausdehnung und Gegenausdehnung erfahrungsgemäße Regeln der Wundarzneikunde verletzt wurden. In denselben Gutachten ist ausgeführt, daß das zarte kindliche Alter den festen Druck des Pappverbandes, wodurch der Blutumlauf gehemmt und der belebende Nerveneinfluß gehindert wird, nicht ohne Nachtheil für das verletzte Glied ertragen könne, daß in dem zu festen Verbande die wirkende Ursache des erfolgten Wundstarrkrampfes und somit des Verlustes des rechten Vorderarmes zu suchen sei.

Auf den Grund dieser Thatsachen wurde durch Urtheil des Amtes Kenzingen vom 22. Februar 1854 der Beklagte zur Bezahlung einer Summe von 600 fl., sowie zur Vergütung eines Theils der Abwartgebühren angehalten.

Unterm 23. Oktober 1855 erfolgte ein hofgerichtliches Erkenntniß, wodurch das amtliche in der Hauptsache bestätigt wurde.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Beklagte ist dadurch nicht beschwert, daß der Unterrichter die der Klage zu Grunde liegende Behauptung für erwiesen angenommen hat, daß bei der chirurgischen Behandlung des Sohnes des Klägers der Beklagte einen Kunstfehler und damit ein Versehen im Sinne des L.R.S. 1383 sich habe zu Schulden kommen lassen. Es haben nicht nur die in der gerichtlichen Untersuchung zum Gutachten aufgeforderten Gerichtsärzte, sondern auch die weiter noch in gegenwärtigem Rechtsstreite als Sachverständige darüber gehörten Mitglieder der medizinischen Fakultät der hiesigen Hochschule dahin sich ausgesprochen, so daß für den Richter genügende Momente vorliegen, um jene Thatsachen für hergestellt zu erachten, und seine Entscheidung darauf zu bauen. Es ist auch insbesondere der Beklagte dadurch nicht beschwert, daß ein Ausspruch der medizinischen Fakultät dahier eingeholt worden ist, indem die letztere ebensowohl wie die großh. Sanitätscommission ein Collegium bildet *), welches mit festbestimmten und bekannten Personen besetzt ist, und indem der Beklagte keine Gründe angeführt hat, welche die Zuziehung einer einzelnen dieser Personen als unstatthaft erscheinen lassen könnten. Es war vielmehr im Interesse der Sache gelegen, wenn nicht wieder dieselben Aerzte, welche bei der frühern gerichtlichen Untersuchung thätig waren, sondern andere als Experten bestellt worden sind. Dem Klagbegehren steht in dieser Beziehung auch der Umstand nicht entgegen, daß s. z. die gerichtliche Untersuchung mit dem Erkenntniß geendet hat, daß kein Grund zur Erlassung eines gerichtlichen Straferkenntnisses vorhanden sei. Denn, wenn es sich ergeben hat, daß eine so schwere Verschuldung des Beklagten, daß dieser damit eine gerichtliche Strafe wegen Fahrlässigkeit verwirkt hätte, nicht erwiesen werden konnte, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß dem Beklagten eine geringere, nicht mit gerichtlicher Strafe bedrohte Verschuldung, also wie es nach dem bisher Gesagten hier der Fall ist, eine zum Schadenersatz verpflichtende Nachlässigkeit oder Unverständigkeit in civilrechtlicher Bedeutung (L.R.S. 1383) zur Last falle.

Was die Größe der für den Sohn des Klägers in Anspruch genommenen Entschädigung betrifft, so erscheint die Forderung eines jährlichen Beitrags von 30 fl. zum Lebensunterhalt dieses Knaben in Berücksichtigung des Umstandes, daß derselbe in Folge der fehlerhaften Kur den rechten Vorderarm verloren hat, nicht zu hoch.

Der Kläger hat zunächst diese jährliche Rente und nur alternativ das ihm vom Unterrichter zugesprochene Kapital verlangt. Wenn man nun auch die wahrscheinliche Lebensdauer des jetzt beiläufig 14 Jahre alten Sohnes des Klägers nach der Süßmilch'schen Berechnung auf 42 Jahre, oder nach andern Wahrscheinlichkeitsberechnungen auf etwas weniger annimmt, so ist es dennoch nicht zu bezweifeln, daß der Werth des Kapitals von 600 fl. eher angeschlagen werden kann, als eine auf 42 Jahre berechnete Rente von 30 fl. Allein es kann wohl nicht, wie der Appellant begehrt, die Entschädigung des Klägers auf eine Summe herabgesetzt werden, welche mit Berechnung der Zinsen und Zinseszinsen mit 5 vom Hundert der gedachten jährlichen Rente gleichstehen würde.

Nach der für einen ähnlichen Fall gegebenen und darum auch hier anwendbaren Vorschrift des L.R.S. 127 b könnte der Mittelbetrag eines dem Kläger zugesprochenen Kapitals nicht zu 5, sondern nur zu 4 pCt. angeschlagen werden, und nach der Bestimmung in Pr.O.

*) Nur für das Strafverfahren ist die Einholung eines Obergutachtens der großh. Sanitätscommission unter gewissen Voraussetzungen — früher durch die Verordnung v. 1. April 1824 (Reg.-Bl. No. VIII.), jetzt durch §. 99 der Str.P.O. vorgeschrieben, beziehungsweis dem Richter anheimgestellt. D. R.

Digitized by Google

§. 799, welchr ebenfalls annalog hier anwendbar ist, dürften Zwischenzinsen höchstens aus solchen Beträgen, welche 50 fl. oder darüber ausmachen und nur mit Beachtung der dort vorgeschriebenen Zwischenzeiten von je 6 Monaten nach den betreffenden Verfallterminen aufgerechnet werden.

Ueberhaupt ist für solche Berechnungen in Anschlag zu bringen, daß es nicht immer mit Gewißheit Gelegenheit gibt, Geld, besonders in kleineren Summen, auszuleihen, und daß es unbillig sein würde, dem Kläger etwas verzinslich anzurechnen, was er vielleicht gar nicht auszuleihen im Stande wäre, und ihm allein die Gefahr aller derjenigen Verluste aufzubürden, zu deren Uebernahme er an und für sich nicht verbunden ist. Bei dieser Sachlage erscheint es am angemessensten, wenn geradezu nach dem Klagbegehren alternativ erkannt, und dann dem Beklagten die Wahl anheimgestellt wird, entweder die lebenslängliche jährliche Rente von 30 fl., oder ein für allemal die Summe von 600 fl. zu bezahlen. —

Der übrige, kein besonderes Interesse darbietende Inhalt der Entscheidungsgründe betrifft die Abwartgebühren.

Schmidt.*)

III.

Ist das Gesetz vom 21. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. XV.) auch anwendbar auf uneheliche Kinder, welche im Ehebruch erzeugt sind?

Beim unterrheinischen Hofgericht kam kürzlich folgender Fall zur Entscheidung:

Die Ehefrau des Anton Beil, welcher seit Jahren ständig in Amerika abwesend ist, gebar am 27. Februar d. J. ein Kind. Ein ernannter Vormund klagte gegen J. Will einen Ernährungsbeitrag nach obigem Gesetze ein, weil dieser in der gesetzlich unterstellbaren Zeit mit der Beiklägerin (Beils Ehefrau) den Beischlaf ausgeübt habe.

Die Ehe besteht z. Z. unaufgelöst fort. Es fragt sich nun: Ist das bezogene Gesetz über Ernährung unehelicher Kinder hier anwendbar?

Die Majorität verneinte dieses, weil die Rechtsvermuthung des L.R.S. 312 Abs. 1 die Ernährungspflicht des abwesenden Ehemannes begründe und eine Verurtheilung des Beklagten einen Eingriff in die Vaterschaftsrechte enthalte.

Die entgegengesetzte Ansicht der Minorität stützte sich im Wesentlichen auf folgende Sätze:

Zwischen den Parteien steht fest, daß der Ehemann der Beiklägerin seit Jahren abwesend, und daher physisch unmöglich ist, daß er der Vater des kleinen Kindes sein kann. Zwischen diesen Parteien ist für diesen Klagzweck — Ernährung — somit anerkannt, daß das Kind ein im Ehebruch erzeugtes, also unter eine Species der unehrlichen Kinder zu rechnen sei. Der Beklagte beruft sich auch gar nicht zur Vertheidigung auf die bestehende Ehe, er stellt nur den Beischlaf in Abrede.

Wenn nun auch die Rechtsvermuthung in L.R.S. 312 Abs. 1 im öffentlichen Interesse besteht, so hat sie doch nur die Natur einer Rechtsvermuthung, denn sie ist durch Gegenbeweis nach Umständen zerstörbar. Kein Zweifel, wo es sich um Geltendmachung von Statusrechten handelt, kann nur der präsumirte Vater dieser Rechtsvermuthung anfechten, da eine solche durch dritte einen Eingriff in die Vaterschaftsrechte enthielte; und alsdann müßte dem Richter die Rechtsvermuthung maßgebend sein. Allein damit ist nicht ausgeschlossen, daß dritte Parteien, wo die Vater- und Kindschaftsrechte nicht berührt werden (also bezüglich eines Klagbegehrens wie das vorliegende), auf Geltendmachung der Präsumtion des L.R.S. 312 Abs. 1 verzichten können. Ueber ihr Gebiet hinaus, die Statusrechte, darf jene Präsumtion nicht ausgedehnt werden, selbst zugegeben, daß sie keine Beweispräsumtion, also Ausnahme von den Fundamentalsätzen der Beweistheorie, sondern beziehungsweise sogar eine Fiction sei; denn Ausnahmen von den natürlichen Grundprincipien des jus commune dürfen nicht ausgedehnt werden.

Für den Richter sind in einem concreten Rechtsstreite und für den Bereich desselben zugestandene Thatsachen, positive Wahrheiten, und müssen als solche, auch wenn sie unwahr wären, behandelt werden (unbeschadet der Rechte Dritter).

Im vorliegenden Falle kommt der Status des Kindes gar nicht zwischen den Parteien in Betracht, das Gebiet jener Rechtsvermuthung wird durch das Begehren einer Ernährung gar nicht berührt, und es wird nur noch zu untersuchen sein, ob durch eine Verurtheilung zur Ernährung nach den bezogenen Gesetzen den Verwandtschaftsrechten

*) Referendär in Konzingen.

Digitized by Google

des Vaters und Kindes nicht präjudizirt wäre, indem etwa die rechtskräftige Verurtheilung zur Ernährung ad majus auf die Verwandtschaftsrechte bezogen werden könnte.

Wenn das angezogene Ernährungsgesetz auf den Grundlagen des Verwandtschaftsverhältnisses steht, so würde eine Verurtheilung zur Ernährung allerdings die Statusrechte berühren; dieses scheint aber nicht der Fall zu sein, sondern es ist der Delictsgesichtspunkt zu unterlegen: das Gesetz erklärt den sittenwidrigen (außerehelichen) Beischlaf auch zur civilistisch unrechten That, aber nur bezüglich der Ernährung von solchen Kindern, die zum Vorschein kommen, und in jenem Beischlaf erzeugt sein können. Wenn selbst in der Gesetzgebungscommission die Delictsnatur diesem Gesetze abgestritten wurde, so kommen Savigny's Worte (System I. §. 33) in Betracht:

„Der innere Zusammenhang verknüpft alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit, hat dem Gesetzgeber vorgeschwebt, und wir werden seinen Gedanken nur vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältniß dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht, und wie es in das System wirksam eingreifen soll." Nun aber wird der bloße erwiesene Beischläfer, gleichgültig, ob er der Schwängerer ist, oder nicht, ernährungspflichtig. Darum kann dieses Ernährungsgesetz nur eine besonders ausgebildete Consequenz der Oblig. ex delicto (L.R.S. 1382) sein; und ist es solche, so unterliegt es auch keiner einschränkenden Auslegung, und ist anwendbar, wo überhaupt oder nach dem thatsächlichen, zugestandenen Aktenmaterial eines besonderen Prozesses, ein unerlaubter Beischlaf in der gesetzlich unterstellbaren Zeit stattfand.

Im vorliegenden Falle ist nun ein Kind, dem nach Anerkenntniß beider Theile kein ernährender ehelicher Vater zur Seite steht; ein Beklagter, der factisch eine unrechte That (Ehebruch) zugesteht, wofern der Beischlaf erwiesen würde (und die Beweise sind vorhanden!); ein Klagbegehren, durch das die Statusrechte umsoweniger berührt werden, als die Rechtskraft nur auf diese Parteien wirkt, und die Verurtheilung nicht die Zeugung des Kindes, sondern nur unerlaubten Beischlaf voraussetzt, also implicite anerkennt (und darum nicht ausspricht, dieses Kind sei von Will erzeugt). Es dürfte daher das Ernährungsgesetz hier anwendbar sein, vielleicht mit der Modification, daß die Ernährungspflicht erlösche, sobald der Beklagte den Beweis erbringe, daß der eheliche Vater seiner gesetzlichen Ernährungspflicht nachkomme.

Daß diese Auslegung wo möglich vorgezogen werden müsse, erheischt das materielle Recht, da das Kind nur subtilitate juris einen ehelichen Vater hat. (Vergl. auch oberhofgerichtliche Jahrbücher Band. XIII. S. 109.) F. A. Beck.

IV.

Fälschung bei Wahlen.

(Annalen XXIV. No. 4 und 5.)

Gegen das an obiger Stelle S. 29 ersichtliche Urtheil des großh. Hofgerichts vom 4. November 1856 hatte Bürgermeister C. Ganter den Rekurs an das großh. Oberhofgericht ergriffen, von welchem aber jenes Urtheil am 27. Juni l. J. einstimmig bestätigt worden ist.

Dieß zur Vervollständigung des allegirten Aufsatzes.

D. R.

Im Verlage von **Ferdinand Enke** in **Erlangen** erscheint vom 1. Juli d. J. an:

Archiv
der deutschen
Medizinalgesetzgebung und öffentlichen Gesundheitspflege
für Aerzte, Apotheker und Beamte.

Herausgegeben von **Dr. C. Müller**, Reg.- und Medizinalrath am Königl. Polizei-Präsidium zu Berlin und **O. A. Zinrek**, Apotheker.

Bestellungen auf diese Zeitschrift, von der wöchentlich ein Bogen erscheint, sind in allen Buchhandlungen und Postämtern zu machen. Halbjähriger Abonnementspreis 1 Thlr. 15 Sgr. oder 2 fl. 42 kr.

Berichtigung.

In No 29, S. 231, Sp. 1, Z. 10 von oben ist zwischen den Worten „Gegenleistung" und „erloschen" der Zusatz „nur verhältnißmäßig" einzuschalten.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 31.**

I.

1) Wird der Thatbestand des dritten Diebstahls dadurch ausgeschlossen, daß zwei unter der Herrschaft des alten Strafgesetzes abgeurtheilte Diebstähle durch einen Zeitraum getrennt waren, welcher nach dem neuen Strafgesetzbuche §§. 200—202 die Annahme eines Rückfalls gehindert hätte?
2) Wenn das Hofgericht einem Verbrechen eine schwerere Eigenschaft abspricht und deßhalb den Fall an das Amtsgericht zurückweist, hat der Staatsanwalt hiergegen das Rechtsmittel des Rekurses oder der Beschwerdeführung?

Annalen XX. S. 359.

Unter der reichhaltigen Literatur über den Thatbestand des dritten Diebstahls (Annalen XIX. S. 8. 26. 35. 61. 83. 270. 384, XX. S. 18. 148. 153. 221. 235. 346, XXI. S. 269. 373. 414, XXII. S. 40. 74. 104. 149. 329. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 339) findet sich auch über die vorliegende Frage Einiges vor.

Annalen XIX. S. 36 ist in einer Mittheilung der Redaktion gesagt: „Es bleiben vielmehr die älteren Rückfälle, sofern nicht die §§. 200—202 Str.G.B. ein Anderes bestimmen — fortwährend in Kraft.“ Während man dies so verstehen konnte, daß damit unsere Frage gar nicht berühret, vielmehr nur auf das Zeitverhältniß zwischen dem neuen Diebstahle und dem nächst vorhergehenden Rückfalle hingedeutet werde, wobei es natürlich gleichgültig ist, ob letzterer unter dem neuen oder unter dem alten Strafgesetze zur Aburtheilung kam — ist sich Annalen XX. S. 156 Note * in einem, die Bejahung unserer Frage vertheidigenden Aufsatze zur Unterstützung darauf berufen worden, welche Auslegung nach einer dortigen Note der Redaktion auch deren Billigung zu haben scheint.

Annalen XX. S. 221 Note * ist ein Plenarbeschluß des mittelrheinischen Hofgerichts vom 31. Dezember 1851, jedoch an der betreffenden Stelle unverständlich, mitgetheilt, weßhalb hier derselbe, soweit nöthig, wörtlich folgen möge:

„Das hofgerichtliche Plenum vereinigt sich hinsichtlich der Frage, in wie weit in Beziehung auf die Rückfallseigenschaft eines jetzt abzuurtheilenden Diebstahls die schon vor Einführung des Strafgesetzbuchs vorgekommenen früheren Straffälle in Anschlag zu bringen seien, zu folgender Ansicht:

1) ꝛc.

2) „Ebenso kommen hierbei diejenigen früheren Straffälle nicht in Anschlag, hinsichtlich deren zur Zeit ihrer Verübung, gegenüber dem vorausgegangenen, die in §. 200 Str.G.B. bestimmte Zeit schon abgelaufen war, wenn gleich früher der nachgefolgte Fall, der Zwischenzeit ungeachtet, nach der damaligen Gesetzgebung als Rückfall betrachtet worden ist.“

3) ꝛc.

Dieser, ohnehin nur auf moralische Autorität Anspruch habende Plenarbeschluß steht übrigens dermalen nicht mehr in unbestrittener Uebung, und ist meines Wissens insofern ganz verlassen worden, als er unter Ziff. 1 die nur durch Untersuchungsverhör getrennten und deßhalb nach dem alten Rechte als Rückfall bestraften Diebstähle jetzt nicht mehr in dieser Eigenschaft gelten lassen wollte. Sogar die Frage, ob früher gerichtlich bestrafte Diebstähle, deren Werth einen Gulden nicht übersteigt, bei den Rückfällen

Digitized by Google

mitzählen, hat schon eine verschiedene Beantwortung erfahren.

Am 28. März l. J. kam nun im III. Senate des mittelrheinischen Hofgerichts diese Controverse wieder zur Sprache, indem Maria Anna Vogt von Wälden, Gemeinde Oedsbach, durch hofgerichtliches Urtheil vom 25. Mai 1831 wegen großen Diebstahls und durch ebensolches vom 16. Dezember 1833 wegen zweiten großen und zugleich wegen dritten Diebstahls, endlich durch ein solches vom 10. Juli 1847 wegen wiederholten dritten Diebstahls bestraft worden war und zu Anfang dieses Jahres, mithin lang vor Ablauf der Frist des §. 201 Str.G.B. wieder einen Diebstahl verübt hatte. Der Untersuchungsrichter hatte, von der Ansicht ausgehend, daß der Thatbestand des II. Rückfalls in dem dritten Diebstahl vorhanden sei, die Akten an das Hofgericht zur Aburtheilung vorgelegt, allein dieß nahm nur den Rückfall in den Diebstahl an und beauftragte das Amtsgericht, die Sache selbst zu erledigen.

Die Staatsanwaltschaft konnte sich damit nicht einverstanden erklären und erwirkte daher eine Entscheidung des obersten Gerichtshofs, welche übrigens unterm 26. Mai l. J. zu ihrem Nachtheile erfolgte.

Bei Ausführung dieses Rechtsmittels war auch in Betracht gezogen worden, ob dasselbe die Eigenschaft eines Rekurses oder einer Beschwerdeführung habe, was wegen der Fristen wichtig ist. Für Ersteres sprach die Bestimmung des §. 110 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851, für Letzteres der Umstand, daß hier kein Urtheil, sondern nur ein Erkenntniß über die Zuständigkeit und eine Art Einstellung des Verfahrens bezüglich der schweren Eigenschaft des fraglichen Diebstahls vorlag, mithin der nach §. 27 des Einf.-Ges. gültige §. 338 Str.Pr.O. maßgebend erschien, natürlich unter Beobachtung der abgeänderten Fristbestimmung des §. 125 Einf. Ges., welche denn auch von der Staatsanwaltschaft eingehalten wurde. Der oberste Gerichtshof bezeichnete das fragliche Rechtsmittel in seiner Entscheidung gleichförmig als Beschwerde, dürfte mithin die auch mir richtig scheinende Ansicht angenommen haben, wofür man noch die Rechtsähnlichkeit des §. 22 Einf.-Ges. anführen kann.

Ihre Beschwerderechtfertigung gründete die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen auf den bekannten Aufsatz in oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 362 ff. Da man hierin bisher den Ausdruck der Praxis des obersten Gerichtshofes zu erblicken gewöhnt war, und dort zwar unsere Frage nicht ausdrücklich besprochen ist, aber doch Grundsätze aufgestellt sind, welche nach der Auffassung der Staatsanwaltschaft nothwendig zu einer Beantwortung derselben im Sinne der Beschwerde führen müssen. Dort ist namentlich gesagt, daß die rückwärts prüfende Thätigkeit des Richters sich nur mit drei Punkten, nämlich:

1) ob für den früheren Fall ein richterliches Urtheil vorliegt;
2) ob das Erforderniß der Gleichartigkeit nach Maaßgabe des neuen Strafgesetzes vorhanden ist;
3) ob das letzte Urtheil bereits verkündet war, als der Thäter die unter das neue Strafgesetz fallende Uebertretung beging?

Ausdrücklich wird dann beigefügt, daß hiermit jene Art der Thätigkeit zu Ende sei, wodurch meines Erachtens allerdings die Rückanwendung der §§. 200–202 Str.G.B. ausgeschlossen werden wollte.

Unter diesen Verhältnissen dürfte es nicht unangemessen erscheinen, wenn ich die Begründung der abweichenden Ansicht des obersten Gerichtshofes II. Criminal-Senat ausführlich mittheile:

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das großh. Hofgericht hat die eigene Aburtheilung des vorwürfigen Diebstahlsfalles aus dem Grunde abgelehnt, und dieselbe dem Amte überlassen, weil das durch das hofgerichtliche Urtheil vom 10. Juli 1847 als wiederholter dritter Diebstahl abgeurtheilte Vergehen nicht als solcher, sondern nach Ansicht des §. 201 des neuen Strafgesetzes nur als erster Diebstahl und folgeweise der jetzt abzuurtheilende Diebstahl als Rückfall in letzteren deßhalb erachtet werden könne, weil die Angeschuldigte seit dem Jahre 1833 — somit seit mehr als zehn Jahren vor 1847 — wegen Diebstahls nicht mehr bestraft worden sei, wogegen der großh. Staatsanwalt der Ansicht ist, daß jene Gesetzesstelle keine rückwirkende Anwendung erleiden könne, um ein nach dem früheren Gesetze ganz richtiges und rechtskräftiges Urtheil zu beseitigen, daß somit die Angeschuldigte des zweiten Rückfalls in den dritten Diebstahl für schuldig zu erklären und darnach zu bestrafen sei, worauf derselbe im Wege der Beschwerde den Antrag stellt.

Das Begehren des großh. Staatsanwalts kann jedoch nicht für begründet erachtet werden.

Seit dem 1. März 1851 ist das bis dahin gültig gewesene Strafedict außer Wirksamkeit gesetzt, und es besteht das am 6. März 1845 verkündete Strafgesetz in

Digitized by Google

alleiniger Wirksamkeit, — §§. 1 und 4 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 — so daß nicht nur alle seit jenem Zeitpunkte verübten verbrecherischen Handlungen allein nur nach der neuen Strafgesetzgebung beurtheilt werden können, sondern daß folgeweise auch ein unter der früheren Gesetzgebung ergangenes Urtheil auf die neue That und das über sie ergehende Urtheil nur insofern von Einfluß sein kann, als dasselbe den wesentlichen Voraussetzungen entspricht, welche das neue Gesetz für die Annahme einer strafbaren Handlung überhaupt, sowie für die Rechtsbeständigkeit des darüber zu fällenden Urtheils festgesetzt hat, — gerade weil von nun an eine Handlung nur dann und nur insoweit als strafbar erachtet werden darf, wenn und insoweit das neue Gesetz sie bestraft wissen will.

Um nun die vorwürfige That als wiederholten dritten Diebstahl, wie verlangt wird, bestrafen zu können, müßten die Bestimmungen, welche das neue Strafgesetzbuch in den §§. 376 und 384 über den Begriff und die Strafbarkeit jener That gibt, und insbesondere auch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Annahme und die Strafbarkeit eines Rückfalls als vorhanden angenommen werden können, welcher gerade das Wesen jenes Verbrechens — als einer Wiederholung derselben That — bildet. Es ist hiernach nicht nur ein Gebot der Nothwendigkeit, sondern es ist der Richter auch durch das Gesetz selbst — §. 186 des Str.G.B. — darauf hingewiesen, alle frühere Handlungen des Angeschuldigten, beziehungsweise die darüber ergangenen Erkenntnisse, welche die jetzt zu beurtheilende That zum wiederholten dritten Diebstahl stempeln sollen, einer Prüfung zu unterwerfen, um entscheiden zu können, ob die Voraussetzungen des gedachten Verbrechens, wie sie das neue Gesetz als Maßstab für die Strafbarkeit verlangt, wirklich vorhanden sind.

Es kann nun im vorliegenden Falle nicht bezweifelt werden, daß sowohl die Voraussetzungen der §§. 376 und 384 des Str.G.B, als auch die Voraussetzungen vorhanden sind, welche das neue Strafgesetz im §. 184 für die Annahme eines strafbaren Rückfalls feststellt, allein es sind dieß nicht die einzigen Bedingungen der Strafbarkeit einer als Rückfall erscheinenden That.

Das Strafgesetz bestimmt auch, daß eine Handlung, die zwar den Voraussetzungen eines strafbaren Rückfalls nach §. 184 des Str.G.B. entspricht, unter gewissen Voraussetzungen nicht mehr als Rückfall strafbar sein soll, und bestimmt unter Anderm hiefür in den §§. 200 und 201 auch den Fall, daß seit dem letzten Tage der Straferstehung für das letzte Verbrechen zehn Jahre abgelaufen sind, ohne daß der Verurtheilte inzwischen ein neues gleiches oder gleichartiges Verbrechen begangen hat.

Dieß ist nun auch im vorliegenden Falle in der Art vorhanden, daß die Angeschuldigte seit dem Jahre 1833, in welchem sie des dritten Diebstahls für schuldig erkannt worden ist, bis zum Jahre 1847, in welchem sie wegen wiederholten dritten Diebstahls bestraft wurde, sich keines Diebstahlsvergehens mehr schuldig gemacht hatte, so daß die zuletzt gedachte Handlung wohl nach dem früheren Strafrechte als Rückfall in den dritten Diebstahl betrachtet werden konnte, nach den §§. 200 und 201 des neuen Strafgesetzes aber nur wieder als strafbaer erster Diebstahl in Betracht kommen könnte und folgeweise auch die vorwürfige That nur als Rückfall in den letzteren geahndet werden darf.

Von einer Beseitigung des Urtheils vom 10. Juli 1847, wie der großh. Staatsanwalt sich ausdrückt, ist keine Rede. Dasselbe wird für die frühere That in seiner vollen Gültigkeit anerkannt und belassen, jedoch bezüglich der neuen That nur insoweit in Berücksichtigung gezogen, und der jetzigen Entscheidung zu Grunde gelegt, als dieß das neue Gesetz gestattet.

Das großh. Hofgericht hat sonach vollkommen befugt gehandelt, wenn es von jener Ansicht ausgehend und auf den Grund des §. 16 Ziff. 10 des Einf.-Ges. die Zuständigkeit des Amtes zur Aburtheilung des vorwürfigen Falles anerkannte und aussprach.

Aus diesen Gründen mußte die eingelegte Beschwerde des großh. Staatsanwalts als unbegründet verworfen und bezüglich der Kosten ꝛc. erkannt werden.

Gegen diese Argumentation ließe sich alles das einwenden, was gegen die Rückanwendung der Bestimmungen des neuen Strafgesetzbuches auf die unter dem alten Rechte bestraften Fälle in den verschiedenen Aufsätzen über den Thatbestand des dritten Diebstahls vorgebracht worden ist, allein um nicht oft Gesagtes zu wiederholen, beschränke ich mich auf einige wenige Bemerkungen.

Das Urtheil vom 10. Juli 1847 hatte die Angeschuldigte Anna Maria Vogt des Rückfalls in den dritten Diebstahl für schuldig erklärt, und es folgt mithin aus dem Urtheile mit Nothwendigkeit, daß neuere Diebstähle derselben einen weiteren Rückfall in den dritten Diebstahl bilden. Es ist dieß ebensogut eine Wirkung, also ein

Digitized by Google

Bestandtheil jenes Urtheils, als der Vollzug der darin erkannten Strafe und deren Ehren-Folgen, und jede Beschränkung des Urtheils in der einen oder anderen Richtung erscheint als Beseitigung desselben, mithin als eine Verletzung der Grundsätze über Rechtskraft, welche nur durch eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes gerechtfertigt werden kann. Man will zwar unterscheiden zwischen der Wirkung des Urtheils in Bezug auf die abgeurtheilte That und in Bezug auf das neue Vergehen, allein dieß dürfte nach dem Obigen um so weniger von Erheblichkeit sein, als man den alten Vergehen seinen urtheilsmäßigen Charakter als Rückfall in den dritten Diebstahl benimmt, wenn man den nachfolgenden Fall für einen ersten Rückfall in den Diebstahl erklärt. Wäre jenes Urtheil wegen Flucht der Angeschuldigten unvollzogen geblieben, so müßte, eben weil es rechtskräftig ist, seine Strafbestimmung heute noch vollstreckt werden (§. 194 Str.G.B. §. 7 des Einf. Ges.), und damit läßt sich schwer vereinigen, daß es in anderer Beziehung wirkungslos sein soll.

Die Befugniß zu der demnach meines Erachtens offenbar vorliegenden Verkümmerung der Rechtskraft kann nun aus einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift nicht abgeleitet werden, denn §. 7 des Einf.-Ges. gestattet die Rückanwendung der milderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches auf ältere Fälle nur dann, wenn sie nach dem ersten März 1851 in erster oder in der Rekursinstanz zur Entscheidung kommen, enthält also eine Sanctionirung des Grundsatzes der Rechtskraft, woraus weiter folgt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers bei der durch §. 186 Str.G.B. befohlenen Prüfung der früheren Urtheile nur die zur Zeit der Verübung der That gültigen Landesgesetze in Betracht kommen dürfen.

Wenn das Strafgesetzbuch die Voraussetzungen des Rückfalls theilweise anders bestimmte, so ist damit allerdings zu erkennen gegeben, daß das frühere Strafrecht einer Verbesserung bedürfe, allein die gesetzgebende Gewalt konnte deßhalb doch ihr eigenes früheres Werk nicht ignoriren und mußte daher, wenn sie dessen Folgen in irgend einer Weise zu beschränken für nothwendig fand, dieß bestimmt verfügen; so weit dieß nicht geschehen ist, müssen also diese Folgen auch jetzt noch beachtet werden, weßhalb sich meiner Meinung nach aus dem Umstand der Abänderung der Lehre vom Rückfall an sich nichts ableiten läßt, und nur die eben fehlende ausdrückliche Vorschrift die Rückanwendung des neuen Strafgesetzbuchs rechtfertigen könnte.

Wenn in Annalen XXI. S. 374 die Redaktion, wie mir scheint mit vollem Recht eine Inconsequenz darin fand, daß dem Untersuchungsverhöre die ihm nach §§. 184. 384 Str.G.B. nicht mehr zukommende Wirkung des Rückfalls beigelegt, dagegen dem richterlichen Urtheile, welches vor dem 1. März 1851 die Entwendung von einem Gulden oder darunter als Diebstahl bestraft hat, die gleiche Wirkung versagt wird, so dürfte dieß in noch höherem Grade bezüglich unserer Streitfrage der Fall sein. Denn die Vorschrift des Strafgesetzbuches, daß erst die Verkündung des früheren Strafurtheils die spätere Uebertretung zum Rückfall mache, und jene, daß dieß Urtheil durch Ablauf einer gewissen Zeitfrist jene Wirkung verliere, beruhen auf dem gleichen Grunde, daß der Gesetzgeber, um die Rückfallsstrafen eintreten zu lassen, eine nachdrückliche Warnung des Uebelthäters für nothwendig hielt, und solche einestheils nur in der Urtheilsverkündung hinlänglich kräftig fand, anderen Theils aber berücksichtigte, wie die Macht der Zeit jene Wirkung allmählich abschwächt und endlich ganz aufhebt. Nun liegen bekanntlich zahlreiche Urtheile des obersten Gerichtshofes vor, welche aussprechen, daß die nach dem alten Rechte wegen Trennung durch Untersuchungsverhör als Rückfall bestraften Diebstähle diese Eigenschaft auch jetzt noch haben, und ist diese Ansicht in der mehrerwähnten Abhandlung in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern ausführlich begründet worden, wie mir wenigstens auch ein abweichender Ausspruch des obersten Gerichtshofes aus neuerer Zeit nicht bekannt geworden ist, und hiermit stünde sonach meines Dafürhaltens die obige Entscheidung im Widerspruche, in welcher Ansicht ich noch durch die Entscheidungsgründe bestärkt werde, denn darin sind Grundsätze aufgestellt, welche mit der seitherigen oberhofgerichtlichen Praxis, soweit sich solche der strengeren Ansicht anschloß, kaum vereinbarlich sein dürften. **Dr. Puchelt.**

II.

Zur Lehre vom Zufall. *)

2) Zur Auslegung der L.R.S. 1647. 1184.

Der Schluß des L.R.S. 1647 besagend, daß der zufällige Verlust der Sache auf Rechnung des Käufers laufe, würde, wenn er für sich allein unter die allgemeinen Be-

*) Vergl. No. 29 S. 229. D. R.

Digitized by Google

stimmungen über den Kauf aufgenommen wäre, lediglich eine Anwendung der bereits aufgestellten Grundsätze, eine Consequenz des L.R.S. 1138 enthalten. Dieser letzte Theil des S 1647 bildet aber einen Gegensatz zum ersten Theil desselben und bestimmt deßhalb, abweichend vom römischen Recht L. 44 §. 2 und 47 §. 1 de aedil. ed.), daß der Käufer den zufälligen Untergang der Sache selbst dann allein zu tragen habe, wenn die Sache mit Fehlern behaftet war, welche den Käufer zur Verkaufsaufhebung resp. Preisminderung berechtigt hatten. Nach der allgemeinen nicht unterscheidenden Wortfassung des S. 1647, erscheint, wie schon Brauer zu diesem Satz bemerkt, die Ansicht von Maleville ad Art. 1647 nicht gerechtfertigt, daß nämlich der Käufer beim zufälligen Untergang der Sache zwar nicht die Rückerstattung des Kaufpreises, doch aber den Ersatz dessen verlangen könne, was die Sache wegen ihrer verborgenen Mängel weniger werth war. Auch würde diese Ansicht zu Consequenzen führen, welche mit dem Ausspruch des Gesetzes im grellsten Widerspruche stehen. Wenn nämlich beim zufälligen Untergang der Sache sich zeigen würde, daß dieselbe wegen ihrer verborgenen Mängel ganz werthlos war (z. B. daß bei einem Thier ein gesetzlicher Mangel vorliegt, wonach dasselbe mit Haut und Haar verlocht werden muß), so müßte consequent nach jener Ansicht, und im direkten Widerspruch mit der Bestimmung des S. 1647 der ganze Kaufpreis dem Käufer zurückerstattet werden.

Es ist sonach nicht am Platze, bezüglich des S. 1647 zwischen der Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises und der Klage auf Preisminderung zu unterscheiden. Beide Klagen beruhen auf dem nämlichen Grund und Zweck, was von der einen gilt, das gilt auch von der andern.

Es wirft sich uns die weitere Frage auf, ob der Verlust der Sache auch dann auf Rechnung des Käufers lauft, ob dieser also auch dann den Kaufpreis nicht zurückverlangen kann, wenn er bereits vor dem zufälligen Untergang der Sache hierwegen ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt, oder wenigstens eine Klage auf Aufhebung des Vertrags erhoben hat.

Unzweifelhaft lauft nach erlassenem rechtskräftigen Urtheil, welches den Vertrag aufhebt, der zufällige Verlust der Sache auf Rechnung des Verkäufers. In diesem Fall muß also der Verkäufer den Kaufpreis rückerstatten, wenn auch die Sache vor der Rückgabe zufällig untergeht. L.R.S. 1183.

Ist das Nämliche aber auch dann der Fall, wenn der Käufer auf Aufhebung des Kaufs bereits Klage erhoben, aber noch kein rechtskräftiges Urtheil erwirkt hatte, als die Sache unterging? Schon ein oberflächlicher Blick zeigt, daß die Verneinung dieser Frage etwas Unbilliges und Ungereimtes enthält. Wenn z. B. der Käufer wegen eines gesetzlichen Mangels des gekauften Thieres die Wandelklage erhoben hat, die Besichtigung des Thieres vorgenommen wird, und man im Begriff ist, dasselbe zu tödten und zu öffnen, als unerwartet der Blitz dasselbe erschlägt, warum soll dieser — die Entscheidung des anhängigen Prozesses nicht berührende — Zufall die Klage elidiren? Oder wenn der Käufer bereits ein günstiges Gutachten und auf den Grund desselben ein Urtheil erwirkt hat, welches die Rückerstattung des Kaufpreises ausspricht und vor der Rechtskraft des Urtheils gehet das Thier zufällig zu Grund, soll jetzt der Käufer das ihm — wenn auch nicht rechtskräftig — zuerkannte Recht auf Rückerstattung des Preises verlieren? Hätte der Richter die Besichtigung einen Tag früher vorgenommen, das Urtheil einen Tag früher eröffnet, so daß es einen Tag früher rechtskräftig geworden wäre, so würde der Verlust, der gerade am letzten Tag eintrat, den Verkäufer getroffen haben, und diese Handlung des Richters soll nun der Grund des Verlustes des Käufers sein? Von diesem Gesichtspunkt ausgehend, wäre es bei Währschaften für Mängel von Thieren, welcher Fall im Leben bei Weitem am meisten vorkommt, für den verurtheilten Verkäufer fast immer gerathen, den Rechtsstreit so lang als möglich, etwa durch Ergreifung von Rechtmitteln, in die Länge zu ziehen, denn wie leicht und wie oft ist es der Fall, daß ein krankes Thier nicht gerade an der Krankheit selbst umkommt, sondern durch zufällige Nebenumstände getroffen wird, und diesen unterliegt? In einem solchen Falle hätte also der Verkäufer durch frivole Fortsetzung des Rechtsstreits den Schaden von sich ab und auf den im Recht begriffenen Käufer gewälzt.

Alle diese Rücksichten schon geben uns zu bedenken, ob der Gesetzgeber die Bestimmung des §. 1647 soweit ausgedehnt wissen wollte.

Wäre die Lehre vom Verzug hier maaßgebend, so würde das Bedenken leicht gehoben sein; man müßte sagen: durch Erhebung der Währschaftsklage wird der Verkäufer in Verzug gesetzt, es geht mit der Erhebung der Klage die Gefahr der Sache auf ihn über. (S. 1138. 1302. 1245. 1929. 1790.) Allein der Verkäufer wird durch jene Klage nur hinsichtlich des Kaufpreises, und nicht hinsichtlich der Sache in Verzug gesetzt. In der Rückerstattung des Kaufpreises bestehet seine Verbindlichkeit, nicht

Digitized by Google

in der Rücknahme der Sache. Diese bildet vielmehr ein Recht des Verkäufers, welches aus der Rückerstattung des Preises entstehet. Nur bezüglich der letztern ist er Schuldner, und somit nur in dieser Hinsicht in Verzug gesetzt.

Aus den Folgen des Verzugs läßt sich daher für die aufgeworfene Frage nichts ableiten, wohl aber aus dem Wesen der Währschaftspflicht und dem Grund und Zweck der hierher bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen.

Das Gesetz, L.R.S. 1641 ff., gibt dem Käufer unter der Voraussetzung, daß die verkaufte Sache mit einem verborgenen Fehler behaftet ist, das Recht die Aufhebung des Kaufes zu begehren, knüpft aber dieses Recht daran, daß der Käufer solches binnen kurzer Frist mittelst einer Klage geltend macht. L.R.S. 1648. Die Aufhebung des Kaufs ist also durch das Vorhandensein bestimmter Mängel und die darauf gestützte Klage auf Aufhebung bedingt, und diese auflösende Bedingung ist erfüllt, sobald der Käufer beim Vorhandensein von solchen Mängeln jene Klage erhoben hat. Das darauf folgende Prozeßverfahren hat nur den Zweck, zu ermitteln, ob der behauptete Mangel wirklich vorhanden ist, das Prozeßverfahren mit dem Urtheil ist nur das Mittel darzuthun, daß der Mangel vorhanden, daß die Klage mit Recht erhoben, die auflösende Bedingung somit wirklich erfüllt ist, und ist daher nicht ein Bestandtheil der Bedingung selbst. Wenn also das Prozeßverfahren und Urtheil nur bestimmt sind, die Richtigkeit der Klagbehauptung darzuthun, durch die Klagerhebung selbst aber die den Vertrag auflösende Bedingung schon eingetreten erscheint, so berührt der nachher erfolgende zufällige Untergang der Sache den Käufer nicht mehr. L.R.S. 1183.

Ganz ähnlich verhält es sich bei der auf L.R.S. 1184 gestützten Aufhebung eines Vertrags. Auch hier bildet die Nichterfüllung der Verbindlichkeit, das Nichtvorhandensein von Umständen, welche ein Zahlungsziel gebieten und die gerichtliche Aufforderung, d. i. die Klage auf Umstoßung des Vertrags die auflösende Bedingung. Auch hier ist durch die Klagerhebung — vorausgesetzt, daß die Umstände nicht eine Zahlungsfrist nöthig erscheinen lassen, daß die rechtzeitige Vertragserfüllung andererseits nicht geschehen — die auflösende Bedingung erfüllt, und das Prozeßverfahren und Urtheil ist nur das Mittel, jene Voraussetzungen darzuthun. Wenn daher der Verkäufer wegen Nichtzahlung des Kaufschillings auf die Umstoßung des Kaufes Klage erhoben hat und hierauf gehet die Sache unter, so berührt dies den Rechtsstreit nicht, der Kauf muß, wenn die deßfallsigen Voraussetzungen dargethan sind, für aufgehoben erklärt werden, die untergegangene Sache kauft auf Gefahr des Verkäufers, obgleich das Urtheil nach dem Untergang erlassen wird. Trägt aber hier, wo der nichterfüllende Käufer der unredliche Theil ist, nach erhobener Klage der Verkäufer die Gefahr der Sache, warum soll im Falle des L.R.S. 1647 der Käufer, welcher hier der redliche Theil ist, nach erhobener Klage die Gefahr der Sache auf sich behalten? Dies sagt auch der Wortlaut des Gesetzes nicht, und wir müssen annehmen, daß der Schluß des S. 1647 nur dann maßgebend ist, wenn die Klage auf Aufhebung des Kaufs wegen eines Mangels der gekauften Sache zur Zeit des Untergangs derselben noch nicht erhoben oder nicht begründet, oder der thatsächliche Inhalt der Klage nach dem Ergebniß des Rechtsstreits nicht richtig ist.

Dieser Auslegung stehet auch der Grund und Zweck des Gesetzes nicht entgegen.

Der Gesetzgeber ging rücksichtlich der Bestimmung des L.R.S. 1647 von dem Gesichtspunkt aus, daß der Eigenthümer einer Sache, also hier der Käufer, den zufälligen Verlust zu tragen hat; L.R.S. 1302. 1148; er kann keinen Ersatz für die untergegangene Sache verlangen, der Kaufpreis ist umsonst ausgegeben. Nachdem also die Sache zufällig untergegangen ist, kann es für ihn von keinem Interesse mehr sein, ob die Sache mehr oder weniger werth war, ob sie Fehler an sich trug oder nicht, in einem wie im andern Fall hätte er die Sache verloren und den Kaufpreis eingebüßt. Da aber nach allgemeinen Regeln der Zufall den Käufer trifft, so soll, wenn nach dem zufälligen Untergang ein Fehler entdeckt wird, dieser Zufall nicht zugleich wieder einen Grund für den Käufer geben, von dem Verkäufer eine Vergütung zu verlangen. Es ist ja nicht einmal gewiß, ob der Käufer, wenn die Sache nicht untergegangen wäre, sein Recht auf Aufhebung oder Preisverminderung geltend gemacht hätte. Freilich nach dem Verlust der Sache ist er hierdurch veranlaßt, etwaige Fehler ausfindig, und das Recht auf Aufhebung wo möglich geltend zu machen. Auf seiner Seite, sowie auf Seite des Verkäufers wird durch den Untergang der Sache der Prozeßreiz gesteigert, und hiergegen soll durch die Bestimmung des L.R.S. 1647 Einhalt geschehen, und eine Quelle von Rechtsstreitigkeiten beseitigt werden. Brauer ad S. 1647. Zachariä Bd. II. S. 377 Note 34.

Alles dies paßt nur für den Fall, wo die Sache

Digitized by Google

untergehet, ehe die Klage auf Aufhebung oder Preisminderung erhoben ist. Geschah dieses vorher, so hat der Käufer ein ihm zustehendes Recht bereits geltend gemacht, es kann ihm nicht mehr gleichgiltig sein, das bereits geltend gemachte Recht durch Zufall einzubüßen, der Verkäufer war bereits verbunden, dem gerechten Anspruch des Käufers auf ganze oder theilweise Rückerstattung des Kaufpreises nachzukommen, sein einfacher Widerspruch, der nach §. 167 der Pr.O. als widerrechtliche Handlung anzusehen ist, kann dem Käufer jenes Recht nicht mehr entziehen, wenn nämlich während des Rechtsstreites die Sache zufällig untergehet. Ebenso paßt der Zweck des Gesetzes, die durch den Zufall etwa entstehenden Rechtsstreitigkeiten zu verhindern, auf diesen Fall nicht; denn hier ist der Rechtsstreit schon vor dem Zufall und nicht erst durch denselben entstanden.

Bezüglich des L.R.S. 1647 sind daher drei Fälle zu unterscheiden:

1) Gehet die mit verborgenen Fehlern belastete Sache durch einen Zufall unter, ehe eine Klage wegen der Fehler erhoben ist, so können dieselben nicht mehr berücksichtigt werden, die Sache stehet auf Rechnung des Käufers. L.R.S. 1647.

2) Hat der Käufer wegen verborgener Fehler der Vertragssache gegen den Verkäufer auf Aufhebung oder Preisminderung ein Urtheil erwirkt, und die Sache gehet nach dessen Rechtskraft, wenn auch vor der Rückgabe zufällig unter, so bleibt das urtheilsmäßige Recht des Käufers bestehen, und die Sache stehet auf Rechnung des Verkäufers. L.R.S. 1183.

3) Gehet die Vertragssache zufällig unter, nachdem zuvor der Käufer wegen verborgener Fehler Klage erhoben hatte, so berührt dieser Zufall den anhängigen Rechtsstreit nicht; siegt der Käufer, so stehet der Verlauf der Sache auf Rechnung des Verkäufers; unterliegt dagegen der Käufer, es zeigt sich somit, daß die Klage mit Unrecht erhoben war, so verhält sich die Sache so, wie wenn gar keine Klage erhoben worden wäre, d. h. der Verlust stehet (wie sub 1) auf Rechnung des Käufers. L.R.S. 1183 conj. 1647.

In gleicher Weise ist hinsichtlich des L.R.S. 1184 zu unterscheiden.

Für die Lehre vom Zufall ist die weiter hier einschlägige Frage augenscheinlich von großer Bedeutung, ob nämlich die Klage auf Erfüllung noch zulässig ist, wenn zuvor auf Aufhebung geklagt worden war. Wenn z. B. der Verkäufer die Vertragsaufhebung begehrt hat, und die Vertragssache gehet zufällig unter, so läuft, wenn er nicht mehr auf die Erfüllungsklage zurückgreifen kann, die Gefahr der Sache auf seine Rechnung, andernfalls aber auf Rechnung des Käufers. Die Annahme eines stillschweigenden Verzichts (Annalen XII. S. 257) kann dieser Frage nicht unterbreitet werden. Wenn zwar auch der Kläger durch Erhebung der Klage auf Umstoßung thatsächlich auf die Vertragserfüllung verzichtet, so ist dieser Verzicht doch nicht rechtswirkend; denn dadurch, daß der Beklagte sich bei der Klage auf Aufhebung in den Rechtsstreit einläßt, nimmt er nicht nur jenen Verzicht nicht an, sondern er protestirt förmlich dagegen; wenn daher der Kläger seine Klage zurücknimmt, oder damit abgewiesen wird, so kann aus jenem thatsächlichen Verzicht, gegen welchen der Beklagte protestirte, für diesen kein Recht entstehen. Wir müssen vielmehr auch hier die aufgestellten Grundsätze zur Anwendung bringen und sagen: Ist die Klage auf Aufhebung begründet, sind deren Voraussetzungen vorhanden, so kann der Kläger, auch wenn er auf jene Klage verzichtet, nicht mehr auf die Klage auf Erfüllung zurückgehen, eben weil mit Erhebung der ersten Klage die auflösende Bedingung eingetreten war; der Beklagte schützt der Klage auf Erfüllung die Einrede vor, daß das Vertragsverhältniß aufgelöst ist. War dagegen die Klage auf Aufhebung nicht mit Recht erhoben, z. B. weil die behaupteten Fehler nicht vorhanden sind, oder bezüglich L.R.S. 1184, weil dem Beklagten eine Zahlungsfrist zur Seite stehet, welche der auf Aufhebung klagende Verkäufer übersehen hatte, und der Kläger wird deßhalb mit der Klage auf Aufhebung abgewiesen, oder er verzichtet ebendeßhalb auf dieselbe, so kann der Kläger auf die Vertragserfüllung zurückgreifen, eben weil es hier der Klage auf Aufhebung an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlte, daher mit Erhebung derselben die auflösende Bedingung nicht eingetreten war. Wr.

III.

Gegen ein freisprechendes Urtheil steht dem Beschädigten, welcher sich wegen des Civilpunktes dem Strafverfahren angeschlossen hat, kein Rekurs zu.

Str.Pr.O. §. 339.

Ein hofgerichtliches Urtheil vom 23. September 1856

hatte mehrere Individuen der Körperverletzung des R. Blum für schuldig erklärt und zugleich erkannt, daß die Verurtheilten mit sammtverbindlicher Haftbarkeit dem Verletzten die Heilkosten, sowie den Mehraufwand der Pflege zu ersetzen und ihn für den in der Zeit vom 8. Dezember 1855 bis 4. Januar 1856 entgangenen Gewinn zu entschädigen haben, beides vorbehaltlich der Liquidation. Die Verfolgung des höhern Anspruchs vor dem bürgerlichen Richter ward dem R. Blum vorbehalten.

Dieser höhere Anspruch bestand in einer jährlichen Rente von 500 fl. für einen Leistenbruch, welcher durch die Mißhandlung entstanden sein soll, wie die Untergerichtsärzte angenommen haben. Da aber der hofgerichtliche Medicinalreferent und die großh. Sanitäts-Commission der abweichenden Ansicht waren, es lasse sich durchaus nicht nachweisen, daß der fragliche Leibschaden erst durch die dem R. Blum in der Nacht vom 7/8. Dezember zugefügte Mißhandlung entstanden sei, so hielt das großh. Hofgericht diesen Theil der Anschuldigung nicht für erwiesen, berechnete deßhalb die Strafe nach §. 225 No. 5 des St.G.B. und verwies die für den bleibenden Nachtheil beanspruchte Rente zum bürgerlichen Austrag.

Der gegen diese Verweisung von dem Beschädigten eingeführte Recurs wurde

in Erwägung, daß das großh. Hofgericht bei seiner Entscheidung von der Ueberzeugung ausging, es fehle am genügenden Beweise, daß dem R. Blum von den Angeschuldigten Mauer und Genossen diejenige Beschädigung zugefügt worden sei, aus welcher er die Entschädigungsforderung von 500 fl. ableitet;

in Erwägung, daß der gedachte Gerichtshof eben deßhalb seinem Straferkenntniß den §. 225 No. 5 des St.G.B. zum Grund gelegt, auch wegen der im Urtheile dem Verletzten nicht zuerkannten Entschädigung den §. 333 der Str.Pr.O. in Anwendung gebracht hat;

in Erwägung, daß in einem solchen Falle der §. 339 der Str.Pr.O. bezüglich auf das Rekursrecht des Beschädigten maßgebend ist ꝛc.

durch oberhofgerichtliches Erkenntniß v. 24. Juli l. J. als unzulässig verworfen.

D. R.

V.

Anzeige.

Im Laufe des Sommers ist die dritte Lieferung des Repertoires von **K. Kah** (Annalen XXIII. 120. 280) erschienen, worin die Annotationen zu L.R.S. 1111 bis 1376 enthalten sind.

Wir wünschen dem Herrn Verfasser die nöthige Muse, um die noch rückständigen Lieferungen dieser gehaltvollen Sammlung recht bald nachfolgen lassen zu können.

D. R.

Juristische Neuigkeiten

der **Ferdinand Enke**'schen Verlagsbuchhandlung in Erlangen, die durch alle Buchhandlungen des In- und Auslandes zu beziehen sind:

Kärcher, K. G. Die Straferkenntniß. Eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre. I. Bd. Die Lehre von der Erkenntniß. 8. geh. 1 Thlr oder 1 fl. 45 kr.

Kletke, Dr. G. M. Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands in Handels-, See- und Wechselrechts-Streitsachen bis zu Ende des Jahres 1856. 8. geh. 1 Thlr. 10 Sgr. oder 2 fl. 24 kr.

— — Desselben Werkes. Erste Fortsetzung. 24 Sgr. oder 1 fl. 24 kr.

Knapp, Ludwig. System der Rechtsphilosophie. 8. geh. Preis 1 Thlr. 10 Sgr. oder 2 fl. 24 kr.

Krug, Dr. August Otto. Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland. 8. geh. 1 Thlr. oder 1 fl. 45 kr.

Ofenbrüggen, Eduard. Der Hausfrieden. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. 8. geh. 18 Sgr. oder 1 fl.

Rückert, Dr. Ludwig. Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts. 8. geh. 20 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Schwarze, Dr. Fr. Oskar. Zur Lehre von dem sogenannten fortgesetzten Verbrechen. 8. geh. 12 Sgr. oder 40 kr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 32.**

I.

Ueber die Erfordernisse und den Beweis der Vaterschaftsklage nach L.R.S. 340 a insbesondere darüber:

1) **Daß für das Geständniß auch eine Ablegung gegenüber Dritten genügt, und nicht eine solche gegenüber der Mutter oder einem Vertreter des unehelichen Kindes nothwendig ist.**
2) **Daß dasselbe nicht nur mündlich oder schriftlich, sondern auch durch Handlungen erfolgen kann.**
3) **Daß die zufällige Ueberweisung des Beischlafs auch in Umständen gefunden werden darf, welche sich zwar nicht unmittelbar auf den Beischlaf beziehen, aber doch einen Schluß darauf gestatten.**
4) **Daß weder die Eideszuschiebung noch der Nothеid zulässig ist.**

In Sachen der Katharina Wagner von Seelbach als Vormünderin ihres unehelichen Sohnes Max gegen Max Käufer von Ettenheim, zur Zeit in Lahr, Vaterschaft betreffend, verlangte die Klage, daß der Beklagte als Vater des genannten Kindes erklärt werde, weil er nach verschiedenen Umständen im Sinne von L.R.S 340 a des Beischlafs mit dessen Mutter geständig und überwiesen sei. Da der Beklagte alle erheblichen Thatsachen außer der Geburt des Kindes widersprach, so wurde der Beweis hiefür durch Zeugen und Eideszuschiebung angetreten, welchen jedoch der Unterrichter als mißlungen erachtete und deßhalb die Klage abwies. Das mittelrheinische Hofgericht dagegen erkannte durch Urtheil vom 26. September v. J. abändernd, daß der Beklagte als der natürliche Vater des von Katharina Wagner am 20. April 1852 geborenen Kindes Max Wagner erklärt werde.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wie der Beklagte in der Vernehmlassung auf die Klage zugab, mit Katharina Wagner in einem Liebesverhältniß gestanden zu sein, indem er sie zu heirathen beabsichtigt habe, so zeigen die Zeugenaussagen, daß dieß Verhältniß auch zu der, vom Beklagten geläugneten, Geschlechtsvertraulichkeit geführt haben muß. Sein lang fortgesetzter Umgang mit Katharina Wagner, sein Benehmen nach deren Entbindung und bei Gelegenheit der Taufe des Kindes, sowie die Geldunterstützung, welche er der Katharina Wagner gab, enthalten nach den Aussagen der Zeugen nicht nur den Beleg für obige Unterstellung, sondern sie bilden überdies ein thatsächliches Anerkenntniß seiner Vaterschaft von Seiten des Beklagten. Hiernach ist es nicht nur sehr glaublich, daß der Beklagte seine Ueberzeugung, daß er der Vater des Max Wagner ist, auch in Worten ausgesprochen hat, sondern es gewinnen auch seine von den Zeugen angegebenen Aeußerungen bezüglich des Kindes, weil sie der Ausdruck jener Ueberzeugung sind, eine Bedeutung, welche die Möglichkeit ausschließt, sie als zufällige und gedankenlose Reden aufzufassen. Von diesem Standpunkte aus rechtfertigt es sich, eines Theils die Aussagen des Joseph Krämer und des Karl Göhr, wonach der Beklagte das Kind bei verschiedenen Gelegenheiten geradezu oder wenigstens bestimmt genug als sein Kind bezeichnete, gemäß Pr.O. §. 471 Abs. 2 als erwiesen anzusehen, und andern Theils darin ein Geständniß seiner Vaterschaft zu finden. Da nun L.R.S. 340 a einem solchen Geständniß die Wirkung, den Gestehenden für den Vater des betreffenden Kindes erklären zu dürfen, unter der einzigen Voraussetzung einräumt, daß das Geständniß freiwillig sei, und dieß hier der Fall

Digitized by Google

ist, weil der Beklagte aus eigenem Antrieb und ohne alle äußere Veranlassung jene Aeußerungen that, so muß dem Begehren der Klage entsprochen werden, sofern nicht Einreden entgegenstehen.

Die einzige Einrede der Erlöschung des Klagerechts wegen Ablaufs der Frist des §. 5 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. XV.) ist aber unbegründet, denn diese Frist ist nur für die Klage auf Unterhalt, welche jenes Gesetz gewährt, bestimmt, hat mithin keine Geltung für die Vaterschaftsklagen, die auf ganz anderen Grundlagen beruhen, und die nach L.R.S. 328 für das Kind sogar unverjährbar sind.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Pr.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

Ein Stimmführer begründete seine abweichende Ansicht folgendermaßen;

Sonder-Abstimmung.

In Betracht:

1) daß das Geständniß der Vaterschaft, worüber die Zeugen sprechen, nicht vollständig erwiesen ist, weil nur je ein Zeuge für die beiden Aeußerungen vorhanden ist, und die übrigen Beweise nur im Allgemeinen auf ein geschlechtsvertrauliches Verhältniß, nicht aber auf des Beklagten Absicht, die Pflichten eines Vaters zu übernehmen, hindeuten;

2) daß dieß Geständniß seinem Inhalte nach zu unbestimmt ist, um die Anwendung von L.R.S. 340a im Sinne von Brauer, Erläuterungen Bd. I. S. 248 zu rechtfertigen, zumal der Beklagte nach seiner in der Klage selbst angeführten Antwort den Willen kundgab, sich nicht als den Vater des fraglichen Kindes zu erklären;

3) daß dieß Geständniß nicht gegen die Mutter oder einen andern gesetzlichen Vertreter des Klägers geschah, was nach den allgemeinen Prinzipien des Geständnisses nothwendig ist;

4) daß das Ergebniß des Zeugenbeweises mit der Verübung des Beischlafs zur Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht, sondern nur spätere Umstände betrifft, mithin zwar die unter Glied 1 erwähnte Vermuthung, nicht aber eine zufällige Ueberweisung nach L.R.S. 340a rechtfertigt, da diese für den Beischlaf selbst während einer gewissen Zeitperiode nothwendig ist;

5) daß die Eideszuschiebung nach Pr.O. §. 524 (Zachariä II. S. 518 § 420 No. 2, IV. S. 477 §. 468 vor Note 8.) unzulässig ist, und deßhalb, sowie nach Gl. 2. 3 auch nicht von Auflegung eines Notheides die Rede sein kann, —

bin ich der Ansicht, daß das amtliche Urtheil zu bestätigen gewesen wäre.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch unterm 19. Februar l. J. das hofgerichtliche Urtheil.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Klage stützt das Begehren, „den Beklagten als nächtlichen Vater des von der Katharina Wagner am 20. April 1852 geborenen Kindes zu erklären," auf den doppelten Grund des L.R.S. 340a, daß Beklagter des mit der Wagner um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß gepflogenen Beischlafs „freiwillig geständig" und „zufällig überwiesen" sei. —

Für den ersten Klagegrund verlangt das Gesetz selbst weiter nichts, als ein freiwilliges Geständniß, somit — nach dem Wortlaut und Sinne dieser Worte — ein nicht durch äußern Zwang herbeigeführtes, sondern aus eigener innerer Anregung hervorgegangenes Bekenntniß einer dem Bekennenden zur Last gelegten Thatsache oder Handlung, woran sich gewisse, dem Bewußtsein des Bekennenden vorschwebende, moralische oder gesetzliche Verbindlichkeiten knüpfen. — An Zeit, Ort und Art des Ausdrucks ist das Geständniß nicht gebunden, und es kann sich sonach, wo und gegen wen dasselbe immer abgelegt, und ob es mündlich, schriftlich oder auch durch — den wörtlichen Ausdruck ergänzende oder erläuternde Handlungen ausgedrückt sei, jeweils nur darum fragen, ob die Worte oder Handlungen so beschaffen sind, daß sich daraus unzweideutig ergibt, daß sich der Bekennende des Inhalts und der Folgen seines Geständnisses klar bewußt war, und die Absicht hatte, sich letzteren zu unterwerfen.

Im vorliegenden Falle nun bestreitet Beklagter zwar jede ihm zur Last gelegte Handlung und Aeußerung, dennoch aber spricht gegen ihn:

1) das eigene gerichtliche Bekenntniß, daß er die Wagner ehelichen gewollt, und zu diesem Zwecke auch Ende des Jahres 1851 Schritte zu ihrer bürgerlichen Annahme zu Ettenheim gethan habe, — sowie ferner

2) die eidliche Aussage des Jakob Fischer von Wegenbuck und die ergänzenden Angaben der Ehefrau desselben, daß die Wagner in den Jahren 1851 und 1852 — also in den Zeitpunkten der Empfängniß und Niederkunft der Wagner — bei ihnen gewohnt habe, und Be-

Digitized by Google

klagter oft bei ihr gewesen, einmal selbst bis nach 9 Uhr Abends bei ihr geblieben sei, und seine Besuche auch bis kurz vor und auch nach der Niederkunft der Wagner fortgesetzt habe, bei der er die Kost hatte;

3) der durch gedachte Ehefrau bestätigte Thatumstand, daß die Wagner beim Herannahen ihrer Niederkunft den Beklagten herbeirufen ließ und dieser dem Rufe Folge leistete, und über das zur Welt gekommene Kind mehr Freude bezeugte, als man dieß bei Fremden thut, — sowie er

4) auch selbst die Wittwe Roser herbeirief, um der Wagner bei dem Geburtsakte beizustehen, — was die Zeugin natürlich fand, da sie bei Beiden vor und nach diesem Zeitpunkte einen vertrauten Umgang wahrnahm, von ihnen selbst immer hörte, daß sie sich heirathen wollten, sowie daß Beklagter über das Kind große Freude äußerte und sich der Art benahm, daß man ersehen konnte, das Kind sei ihm nicht fremd. —

Der Beklagte selbst hat ferner

5) den Georg Langenbach und den Karl Göhr zu Taufpathen für das Kind der Wagner erbeten, den Erstern mit den Worten, „er möge ihm (Beklagten) die Freundschaft ertheilen," den Andern mit der Aufforderung, „seinem Mädle sein Kind aus der Taufe zu heben."

Beide Zeugen waren ebenso, wie auch

6) die Wittwe Roser und die Caroline Neumaier — auf des Beklagten Einladung — bei dem Taufschmause — der auf des Beklagten Zimmer in der Eichorienmühle des Daniel Völker gegeben wurde, und zwar — wie die Neumaier vom Beklagten selbst hörte — auf dessen Kosten. — Beklagter benahm und äußerte sich überhaupt so, daß die Zeugen daraus die Ueberzeugung schöpften, daß er der Vater des Kindes sei, beziehungsweise daß er sich als solchen betrachte.

Es bestätigt weiter

7) Joseph Krämer, daß Beklagter wiederholt das fragliche Kind als „sein Büble" bezeichnet, für dasselbe Wecke und dgl. bestellt, es auch zu sich verlangt, „um es eine Zeit lang bei sich zu behalten," überhaupt öfters mit dem Zeugen über das Kind in einer Art gesprochen habe, woraus erhellte, daß er dasselbe als von ihm herrührend anerkannte.

Ebenso bestätigt

8) Karl Friedrich Kaufmann, daß er gesehen, wie Beklagter der Wagner zu Anfang des Jahrs 1856 Geld — 1 fl. eingehändigt habe. Endlich findet sich

9) in der ganzen Verhandlung auch nicht eine Spur davon, daß die Wagner mit Jemanden anders, als dem Beklagten, in einem Verhältnisse gestanden habe, das darauf schließen ließe, daß nicht der Beklagte der Vater des Kindes der Wagner sei.

Aus diesem Ergebnisse der kläger'schen Beweisführung läßt sich entnehmen, daß Beklagter nicht nur Dritten gegenüber das Kind ausdrücklich für das seinige erklärte, sondern dieß auch ihm und der Mutter gegenüber thatsächlich bestätigte und anerkannte in einer Art, wie Beklagter vernünftiger Weise nur handeln konnte, wenn er die Ueberzeugung seiner Vaterschaft hatte und diese auch offenbar machen wollte durch Erfüllung von all den daraus entspringenden Verbindlichkeiten, wie die Sorge für das leibliche Wohl von Mutter und Kind im Augenblicke der Geburt und selbst längere Zeit nach solcher.

Es liegt hierin ein unzweideutiges freiwilliges Bekenntniß der Vaterschaft im Sinne des Gesetzes.

Dieselben Momente ergeben aber auch das Vorhandensein einer „zufälligen Ueberweisung;" denn alle Thatsachen, welche nach Obigem die Beweisgründe für die Annahme der Vaterschaft des Beklagten enthalten, wurden durch Letzteren selbst, ungezwungen aus eigenem Antriebe theils durch wörtliche Erklärungen, theils durch Handlungen an die Hand gegeben, und bestanden schon zur Zeit, zu welcher sich die in Frage liegenden Momente ereigneten, so daß es jetzt nur noch der gerichtlichen Erhebung und Feststellung derselben bedurfte, um dem gerichtlichen Urtheile zur Grundlage zu dienen.

Aus diesen und den schon vom großh. Hofgerichte zu seinem Urtheile gegebenen Gründen erscheint der Beklagte durch letzteres nicht beschwert, und es wurde deßhalb und gemäß §. 169 der Pr.O. der Kosten wegen erkannt, wie geschehen. P.

II.

Die schwurgerichtliche Competenz beim dritten gemeinen Diebstahl.

Nach §. 41 Ziff. 43 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 sind von den Schwurgerichten abzuurtheilen mit Ausnahme der dritten Diebstähle alle Verbrechen, bei welchen nach dem Ermessen des Hofgerichts den Umständen des einzelnen Falles gemäß eine Zuchthausstrafe

Digitized by Google

von wenigstens 3 Jahren oder eine Arbeitshausstrafe von mehr als 6 Jahren zu erkennen ist. Hält das Hofgericht dafür, daß eine Sache wegen der im einzelnen Fall zu erkennenden Strafe (§. 41 Ziff. 43) an das Schwurgericht gehöre, so theilt es gemäß §. 40 des allegirten Gesetzes die Acten dem großh. Staatsanwalt zur Stellung seiner Anträge bei der Anklagekammer mit.

Ueber die Auslegung dieser Bestimmungen sind hinsichtlich der dritten Diebstähle Zweifel entstanden, indem Einige dieselben so auffassen, daß jeder dritte Diebstahl, mag auch der Betrag des Entwendeten noch so groß sein und mögen noch so viele erschwerende Umstände vorliegen, der schwurgerichtlichen Aburtheilung entzogen sei, während Andere der Ansicht sind, daß auch ein dritter Diebstahl vor das Schwurgericht gehöre, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles ganz abgesehen von der Eigenschaft des Diebstahls als dritter eine Zuchthausstrafe von wenigstens 3 Jahren oder eine Arbeitshausstrafe von mehr als 6 Jahren zu erkennen wäre. Annalen der badischen Gerichte von 1854. S. 366 Note.

Kürzlich ist diese Frage in folgenden zwei Fällen zur Berathung und Entscheidung gekommen:

Ignaz Schober von Winterfulgen war eines geschwerten dritten Diebstahls im Betrage von beinahe 1000 fl. beschuldigt.

Als dieser Rechtsfall beim Hofgericht des Seekreises zur Aburtheilung kam, so entstand die Frage, ob die Sache wegen der zu erkennenden Strafe nicht an das Schwurgericht gehöre oder das Hofgericht das Strafurtheil geben dürfe und solle. Von der Staatsbehörde wurde die Ansicht geltend gemacht, daß die Bestimmungen des §. 40 und 41 Ziff. 43 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nicht so ausgelegt werden dürfen, als ob ein Diebstahl, der wegen der zu erkennenden Strafe als erster Diebstahl oder als erster Rückfall vor das Schwurgericht gehören würde, deßhalb weil er ein dritter Diebstahl ist, dem Schwurgericht entzogen sei, daß vielmehr jene Bestimmungen so ausgelegt werden müssen, daß die Größe der Strafe, soferne sie bloß auf der Eigenschaft des Diebstahls als eines dritten beruht, die Verweisung der Sache an das Schwurgericht nicht zur Folge haben soll, indem man bei einer wörtlichen Auslegung und Anwendung jener Bestimmungen zu dem seltsamen Ergebniß käme, daß unter sonst ganz gleichen Umständen ein erster Diebstahl oder erster Rückfall, also eine geringere Qualification wichtiger behandelt würde, als ein dritter Diebstahl, somit eine höhere Qualification, was unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen könne. Hierauf gestützt wurde von der Staatsbehörde der Antrag gestellt, wegen der zu erkennenden Strafe nach §. 40 und 41 Ziff 43 des des allegirten Gesetzes die Acten dem Staatsanwalt zur Stellung seiner Anträge bei der Anklagekammer mitzutheilen. Der Gerichtshof entsprach jedoch diesem Antrag nicht, von der Ansicht ausgehend, daß jeder dritte Diebstahl ohne Unterschied dem Schwurgericht entzogen sei, der Gerichtshof gab daher das Urtheil und verurtheilte den Schober zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren oder 3½ Jahren Einzelhaft.

Gegen das hofgerichtliche Urtheil wurde von der Staatsbehörde der Rekurs ergriffen und aus den oben angeführten Gründen der Antrag gestellt, das hofgerichtliche Urtheil als incompetent erlassen, aufzuheben und auszusprechen, daß wegen der zu erkennenden Strafe die Akten dem Staatsanwalt zur Stellung seiner Anträge bei der Anklagekammer mitzutheilen seien. Zugleich stellte die Staatsbehörde an das Hofgericht den Antrag, zu Protokoll zu beurkunden, daß nach der Ansicht des Gerichtshofes in vorliegendem Falle, ganz abgesehen von der Eigenschaft des Diebstahls als eines Dritten wegen der Größe des Betrags und der übrigen Umstände nach §. 377 Ziff. 3 St.G.B. eine Zuchthausstrafe von 3 Jahren zu erkennen gewesen wäre.

Hierauf erwiederte jedoch das Hofgericht durch Erlaß vom 4. März d. J., daß, nachdem der Gerichtshof bei der Aburtheilung dieser Sache in der That des Angeschuldigten das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls gefunden habe, zur Berathung und Beschlußfassung darüber, welche Strafe der Angeschuldigte verschuldet hätte, wenn die That nicht als dritter, sondern als erster Diebstahl anzusehen gewesen wäre, weder eine Veranlassung vorhanden gewesen, noch eine Berathung und Beschlußfassung über diese Frage wirklich stattgefunden habe, ebendeßhalb auch der Gerichtshof sich nicht in der Lage befinde, hierüber die verlangte Beurkundung zu ertheilen.

Hierauf erklärte die Staatsbehörde in einem Nachtrag zur Rekursbeschwerde, daß es in der Regel, wenn es sich um die Aburtheilung eines dritten Diebstahls handle, allerdings nicht nothwendig sei, darüber zu berathen und zu beschließen, welche Strafe zu erkennen wäre, wenn die That nicht als dritter, sondern als erster Diebstahl oder als erster Rückfall sich darstellen würde. Allein anders

Digitized by Google

verhalte es sich in einem Falle, wo, wie hier, sich die Discussion hauptsächlich um die Frage drehe, ob diese Sache wegen der zu erkennenden Strafe an das Schwurgericht gehöre, oder das Hofgericht das Strafurtheil geben dürfe. In einem solchen Falle sei der Gerichtshof allerdings in der Lage, zu Protokoll zu beurkunden, ob im einzelnen Falle abgesehen von der Eigenschaft des Diebstahls als eines dritten eine Zuchthausstrafe von 3 Jahren zu erkennen wäre, indem es sonst von der Willkühr des Gerichtshofes abhinge, jeden dritten gemeinen Diebstahl von noch so hohem Betrag und unter noch so vielen Erschwerungsgründen der Competenz der Schwurgerichte zu entziehen, und indem die Competenzfrage niemals an den höheren Richter devolvirt werden könnte. Diese Frage sei aber von solcher praktischen Wichtigkeit, daß sie wohl verdiene, an den obersten Gerichtshof zur Entscheidung gebracht zu werden, umsomehr, als ein solcher Fall nicht häufig vorkomme. Seit Einführung der Schwurgerichte sei dieses beim Hofgericht des Seekreises der erste Fall dieser Art. Im vorliegenden Falle werde es übrigens einer solchen Beurkundung nicht einmal bedürfen, weil nach Ansicht des §. 377 Ziff. 3 Str.G.B. kein Zweifel darüber obwalten könne, daß wegen der Größe des Betrages und wegen der übrigen Umstände eine Zuchthausstrafe von 3 Jahren zu erkennen gewesen und vom Gerichtshof auch erkannt worden wäre, selbst wenn der Diebstahl nicht als dritter sich darstellen würde. Eventuell stellte die Staatsbehörde an großh. Oberhofgericht den Antrag, das Hofgericht zur verlangten Beurkundung anzuhalten.

Von dem Hofgericht wurde am 18. März d. J. folgendes zu den Akten beurkundet:

Der Staatsanwalt hat allerdings sogleich in der Sitzung auf den Grund der in der Rekursbeschwerde näher ausgeführten Rechtsansicht den Antrag gestellt, daß sich der Gerichtshof der Aburtheilung dieser Sache enthalte und ihm die Acten zur Stellung seiner Anträge bei der Anklagekammer mittheile und es ist daher auch die Competenzfrage insofern Gegenstand der Discussion geworden, als der Gerichtshof gegen jene Ansicht geltend gemacht und sofort seiner Entscheidung zu Grund gelegt hat

a) wie der §. 40 und 41 Ziff. 43 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 ganz allgemein laute und durchaus keine Unterscheidung mache, eben deßhalb aber auch nach einer bekannten Auslegungsregel der Gerichtshof zu der vom großh. Staatsanwalt gemachten Unterscheidung mit Rücksicht auf den Werth der gestohlenen Gegenstände nicht berechtigt sein könne;

b) wie sich aber auch ein hinreichender legislatorischer Grund für die Ausnahmslosigkeit jener Bestimmung darin finden lasse, daß der Gesetzgeber bei der außerordentlichen Häufigkeit der dritten Diebstähle überhaupt und der regelmäßigen Einfachheit dieser Straffälle selbst da, wo ein namhafter Betrag in Frage steht, den besondern Aufwand von prozessualischen Formen, wie sie die schwurgerichtlichen Aburtheilungen mit sich führen, nicht für gerechtfertigt und nothwendig erachtet haben möchte, und wie daher endlich

c) der Gerichtshof zu einer officiellen Prüfung und Entscheidung der Frage, welche Strafe in dem vorliegenden Falle zu erkennen gewesen wäre, wenn das Verbrechen den ersten Diebstahl oder den ersten Rückfall in dieses Verbrechen bilden würde, umsoweniger eine rechtliche Veranlassung haben könne, als die Strafe des dritten Diebstahls nicht etwa in den Strafbestimmungen des §. 377 Str.G.B. zu suchen, sondern dafür in dem §. 384 Str.G.B. eine eigene, nach dem Betrag des Diebstahls sich richtende Strafdrohung gegeben sei.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 9. Mai d. J. die vom großh. Staatsanwalt wegen Aburtheilung dieser Sache durch das großh. Hofgericht erhobene Beschwerde als unbegründet verworfen:

in Erwägung, daß zwar die der Beschwerde des großh. Staatsanwalts zu Grunde liegende Ansicht gerechtfertigt ist, wornach die Aburtheilung eines solchen Diebstahls, welcher als erster Diebstahl oder als erster Rückfall in denselben nach Ziff. 43 des §. 41 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vor das Schwurgericht zu verweisen wäre, nicht um deßwillen, weil er einen dritten Diebstahl bildet, dem Schwurgerichte entzogen ist, da es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, unter fast gleichen Umständen einen ersten Diebstahl oder ersten Rückfall wichtiger zu behandeln, als einen dritten Diebstahl, daher unter den dritten Diebstählen, die nach §. 40 und 41 Ziff. 43 des erwähnten Gesetzes der hofgerichtlichen Aburtheilung unterliegen sollen, nur solche zu verstehen sind, deren Strafen aus keinem andern Grunde, als weil sie dritte Diebstähle sind, 3 Jahre Zuchthaus erreichen oder übersteigen;

in Erwägung aber, daß die thatsächliche Voraussetzung,

Digitized by Google

von welcher die Beschwerde des großh. Staatsanwalts ausgeht, nicht richtig ist, indem seine Behauptung: „das großh. Hofgericht habe bei der Strafausmessung im vorliegenden Falle angenommen, daß der Diebstahl ganz abgesehen von seiner Eigenschaft als dritter mit 3 Jahren Zuchthaus zu bestrafen sei," — durch die officielle Beurkundung in den hofgerichtlichen Erlassen vom 4. und 18. März d. J. ihre Widerlegung findet.

Ebenso wurde vom großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 9. Mai d. J. entschieden in der Untersuchungssache gegen Johann Bofseler von Schura, welcher eines Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls im Betrage von 1000 fl. beschuldigt und deßhalb vom Hofgericht des Seekreises in eine Zuchthausstrafe von 6 Jahren oder 4 Jahren Einzelhaft verurtheilt worden war.

Nach diesen Entscheidungen wäre es gar nicht möglich, einen dritten Diebstahl, mag auch der Betrag des Entwendeten noch so hoch sein und mögen auch noch so viele Erschwerungsgründe vorliegen, vor das Schwurgericht zu bringen, wenn ein Gerichtshof hartnäckig auf der Ansicht beharrt, daß jeder dritte Diebstahl der schwurgerichtlichen Aburtheilung entzogen sei. Es ist übrigens zu erwarten, daß die Hofgerichte die wörtliche Auffassung und Auslegung des §. 41 Ziff. 43 des allegirten Gesetzes verlassen und der vom obersten Gerichtshof gebilligten Ansicht beitreten werden. In keinem deutschen Gesetze sind die Grenzen der schwurgerichtlichen Competenz so enge gezogen, wie in unserem Gesetze, daher diese Grenzen durch eine buchstäbliche Auslegung des Gesetzes nicht noch enger gezogen werden sollten. Haager.

III.

Was gehört zum Thatbestand der Wilderei und wie ist die Schlußbestimmung des §. 644 Str.G.B. auszulegen?

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 22. September v. J. waren Ignaz Stöckel und Johann Stäbler der Wilderei und der Beihilfe zu diesem Verbrechen für schuldig erklärt worden, wogegen der oberste Gerichtshof durch Urtheil vom 31. Dezember v. J. aussprach, daß kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vorhanden sei ꝛc.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In dem Jagdbezirke des Jagdpächters Homann von Straßburg, dessen Jagdaufseher Georg Kuder gerichtliche Anzeige gemacht hat, wurde an mehreren Sonntagen (den 22. Juni, 27. Juli und 3. August 1856) von hiezu unberechtigten Personen gejagt, wobei Rehe erlegt wurden, wie sich aus den von dem Wilde hinterlassenen Spuren offenbar zur Genüge ergeben hat.

Obwohl alle Angeschuldigten (namentlich auch der ledige Anton Stöckel) der Theilnahme an allen diesen Vergehen dringend verdächtig erscheinen, so wurde doch nur wegen des letzten Falles der Wilderei gegen die beiden Angeschuldigten Ignaz Stöckel und Johann Stäbler ein — die richterliche Ueberzeugung von ihrer Schuld begründender — Beweis geliefert.

Am fraglichen Sonntag den 3. August wurde nämlich der erwähnte Jagdbezirk von einer Mehrheit beeidigter Jagdhüter beaufsichtigt, wobei

a) zuerst die Jagdhüter Vogt und Schnurr Morgens gegen 9 Uhr vier der Wilderei verdächtige Personen und unter ihnen namentlich diese Beiden, ihm wohl bekannten Angeschuldigten, auf dem — dem Ignaz Stöckel gehörigen — zwischen dem Urloffer und Appenweierer Wald befindlichen Acker gehen sahen, ohne daß einer der Verdächtigen damals ein Gewehr bei sich trug.

Dagegen sah bald darauf

b) Jagdhüter Jundt diese 4 vorerwähnten Personen, unter welchen er gleichfalls die zwei Angeschuldigten erkannte, an einem 4 Fuß breiten Wassergraben (der s. g. Kambach) hinabgehen, wobei Ignaz Stöckel bereits ein Jagdgewehr trug, das bei der allgemeinen Entwaffnung entweder auf dem Felde oder im Walde versteckt gehalten worden sein mußte, ohne daß es bis jetzt beigebracht werden konnte. — Endlich sahen gegen 11 Uhr

c) der Jagdhüter Knabloch, sowie der beeidigte Zeuge Jakob Marx gleichfalls diese von ihnen übereinstimmend mit den vorgenannten Zeugen beschriebenen 4 Personen, ohne daß sie gerade die ihnen persönlich nicht bekannten beiden Angeschuldigten wieder erkennen konnten, und später hörte Knobloch, der ihnen unbemerkt nachging, noch einen s. g. Rehruf — was offenbar darauf deutet, daß es auch diesmal von den Wilderern auf Erlegung eines Rehes abgesehen war.

Hierauf folgt eine Erörterung, daß die beiden Angeschuldigten Ignaz Stöckel und Johann Stäbler ungeachtet des behaupteten Alibi nach den übrigen Ergebnissen der

Digitized by Google

Untersuchung überwiesen seien, die von dem Jagdaufsichtspersonale bezeugten Handlungen verübt zu haben. Ueber die Rechtsfrage wird nur bemerkt:

Bei der Strafausmessung kam in Betracht, daß Ignaz Stöckel sich eines Jagdgewehrs bediente, und ihm Johann Stäbler mit zwei weitern Theilnehmern treiben half, so daß es ein einzelner Jagdhüter nicht wagen durfte, sie von Fortsetzung ihrer Wilderei abzuhalten.

Aus diesen Gründen und nach §. 643 vrgl. mit 645 Str.G., wonach Joh. Stäbler, der kein Gewehr hatte, nur wie ein Gehilfe zu bestrafen ist, sowie nach §. 652 150 ff. Str.G. und 351 Str.Pr.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In Erwägung,

1) daß die Anschuldigung gegen den Rekurrenten Ignaz Stöckel darin besteht, daß derselbe am 3. August d. J. Vormittags in Gesellschaft dreier anderer Individuen — worunter der zweite Rekurrent Stäbler — in einem Walde (einem ihm nicht zuständigen Jagdbezirke) — gesehen wurde und Ersterer damals selbst ein Gewehr getragen habe, während seine Begleiter unbewaffnet waren und ihm muthmaßlich als Treiber gedient haben;

in Erwägung,

2) daß — die Richtigkeit dieser Thatsachen vorausgesetzt — hier zwar ein Jagdvergehen vorliegen würde, da ein anderer und erlaubter Zweck des Begehens des Waldes unter Bewaffnung mit einem Gewehre nicht dargethan wurde, daß aber aus einem solchen Begehen eines Jagdbezirkes noch nicht auf eine gefährliche (d. h. eine die Person des Jagdinhabers, oder das Forst- und Jagddienstpersonale bedrohende) — Willensstimmung von Seiten der Angeschuldigten geschlossen werden kann, da namentlich keiner derselben sonst bisher als ein gefährliches Subjekt sich dargestellt hat, dem nach anderen Vorgängen ein das obgedachte Personal bedrohendes Unternehmen zuzutrauen wäre;

in Erwägung,

3) daß unter solchen Verhältnissen den angeschuldigten That nach § 644 des Str.G. nur ein Jagdfrevel in Frage kommen kann, der aber, da auch (den nach §. 200 des Str.G. nicht weiter in Betracht zu ziehenden Straffall des Stöckel von 1834 ausgenommen) keiner der beiden Rekurrenten noch wegen eines Jagdvergehens bestraft wurde, sich zur gerichtlichen Aburtheilung nicht eignet ꝛc.

Bemerkung des Einsenders.

Zufolge Str.G.B. §. 643 ist das widerrechtliche Jagen mit Schußwaffen als Wilderei zu bestrafen, mithin ist die subjektive Gefährlichkeit des Angeschuldigten kein Erforderniß des Thatbestandes jenes Vergehens, sondern es bietet die Nichtgefährlichkeit nur einen Entschuldigungsgrund, welcher in §. 644 als eine Ausnahme von der Regel zugelassen ist.

(Vrgl. die Bemerkung von Bekk bei der Discussion in der II. Kammer in Thilo, Note 3 zu §. 643.)

Da nun überdieß das Gesetz gestattet, bei der Wilderei bis auf eine Strafe von 14 Tagen Amtsgefängniß herabzugehen, so liegt gewiß kein Grund mehr vor, der durch die übermäßig harten Strafen des Strafedikts hervorgerufenen Abneigung vor der Annahme jenes Verbrechens auch jetzt noch Raum zu geben, denn es ist nicht zu verkennen, daß, wie Bekk a. a. O. sagt, das einfache Jagen mit Schußwaffen schon an und für sich selbst eine Gefährlichkeit enthält, gegen welche also die Jagdberechtigten und Jagdaufseher einen nachdrücklichen Schutz ansprechen dürfen.

Vergleicht man mit dieser Auffassung die vorstehenden hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, so wird es freilich auffallen, daß kein Wort darüber gesagt wird, weßhalb den beiden Angeschuldigten der Entschuldigungsgrund des §. 644 nicht zu Statten kommen solle.

Dagegen wäre es aber auch unrichtig, wenn man aus den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen den Schluß ziehen wollte, als ob dem Angeschuldigten außer dem Gebrauche einer Schußwaffe noch jedesmal eine subjektive Gefährlichkeit nachgewiesen werden müsse, während im Gegentheile besondere Umstände dafür vorliegen müssen, daß trotz des Gebrauchs der Schußwaffe eine gefährliche Willensbestimmung nicht anzunehmen sei, wofür allerdings auch der Charakter der Angeschuldigten erheblich sein kann. Thilo Note 1 zu §. 644.

Im Schlußsatze des §. 644 ist bestimmt, daß die Wiederholung des Jagdfrevels nach Verkündung des verurtheilenden gerichtlichen Erkenntnisses stets als Wilderei gilt, und dadurch entsteht die Frage, ob dieß ausgeschlossen ist, wenn seit Verübung der früheren That die Fristen der §§. 200—202 Str.G.B. abgelaufen sind? Der oberste Gerichtshof hat diese Frage bejaht, was sich auch gewiß daraus rechtfertigt, daß eine That, die nicht mehr geeignet ist, ein späteres Vergehen zum Rückfall in das gleiche Vergehen zu machen, noch weniger die Wirkung haben

Digitized by Google

kann, demselben ein ganz anderen und schwereren Character zu geben. Dem steht nicht entgegen, daß man nach der richtigen Ansicht (Annalen XXII. S. 254) in dem Falle des §. 477 Str.G.B. die §§. 200 — 203 nicht hereinziehen darf, denn es handelt sich dort nicht um Bewirkung eines neuen, sondern um Beibehaltung des bereits einmal gerichtlich ausgesprochenen Characters, und wer einmal durch gerichtliches Urtheil zum Dieb u. s. w. gestempelt worden ist, behält diese Eigenschaft und hat daher keinen Anspruch auf die durch §. 477 für kleine Eigenthumsvergehen gewährte Milde. — Vrgl. Thilo Note 1 zu §. 477.

X.

IV.

Die Frist zur Wiederherstellung gegen die Berufungs-Verfallenerklärung ist eine Nothfrist, und läuft daher auch in den Gerichtsferien ab.

In gleichem Sinne sprechen sich aus Zentner Rechtsmittel II. Aufl. S. 107 und mit eingehender Begründung Brauer Annalen XXI. S. 166, auch sind an letzterem Orte und Annalen XXI. S. 152, oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. V. S. 312 zwei auf der gleichen Ansicht beruhende Entscheidungen des obersten Gerichtshofs und des unterrheinischen Hofgerichts angeführt, dagegen ist eine solche des mittelrheinischen Hofgerichts noch nirgends veröffentlicht worden. Da es nun wünschenswerth ist, über solche wichtige und häufig vorkommende Fragen einen gleichförmigen Gerichtsgebrauch nachzuweisen, so dürfte sich diese Mittheilung um so mehr rechtfertigen, als die folgenden Entscheidungsgründe auch neue Gesichtspunkte darbieten. —

Entscheidungsgründe

zu dem Erkenntniß des mittelrheinischen Hofgerichts vom 15. Mai l. J. In Sachen Uhland gegen Baumann.

In Erwägung, daß die hofgerichtliche Verfallenerklärung des vom Widerbeklagten angezeigten Rechtsmittels der Berufung seinem Insinuationsmandatare, Rechtsanwalt v. Feder in Offenburg, am 17. Januar d. J. behändigt und hierauf zwar das Rechtsmittel mit Wiederherstellungsbitte eingeführt, jedoch der deßfallsige Schriftsatz erst am 3. Februar, mithin um 2 Tage zu spät eingekommen ist (Pr.O. §. 1156. 230);

in Erwägung, daß zwar der Wiederherstellungsbitte unter Berufung auf §. 244 Abs. 1 und 245 Pr.O. durch Geltendmachung des Umstandes Eingang verschafft werden will, daß der 1. Februar, an welchem der Schriftsatz hätte einkommen sollen, ein Sonntag, der 2. Februar aber ein gebotener Feiertag war (Reg.Bl. 1811. No. XIII.);

in Erwägung aber, daß die in §. 1156 Pr.O. gegebene Wiederherstellungsfrist als eine Nothfrist betrachtet werden muß, die sonach in Gemäßheit des §. 244 Abs. 2 auch in den Gerichtsferien abläuft;

in Erwägung nämlich, daß eine Nothfrist diejenige, vom Gesetze selbst festgesetzte Frist ist, welche weder vom Richter noch von den Parteien verlängert werden kann, sondern kraft Gesetzes abläuft, Pr.O. §. 242. 244. 606. 608;

in Erwägung nun, daß wenn schon die Frist für die Appellationsanzeige, und namentlich die Ausführungsfrist zufolge §. 1141. 1148 Pr.O. Nothfristen sind, dieß um so mehr dann gelten muß, wenn die Ausführung der Appellation erst nach geschehener Verfallenerklärung erfolgt, beziehungsweise der Appellant noch von der Wohlthat des §. 1156 Gebrauch machen will;

in Erwägung, daß auch die deßfallsige Absicht des Gesetzgebers daraus hervorgeht, daß der §. 608 auf den ganzen Titel XLV. Abschnitt III. verweiset, unter welchem der §. 1156 enthalten ist, namentlich aber auch dieser §. die Zusatztage ausschließet und hierin eines Theils ganz mit dem §. 1148 übereinstimmt, andern Theils daraus, daß sie nach §. 1145 bei der Anzeigefrist gegeben sind, geschlossen werden muß, daß der Gesetzgeber denjenigen, welcher vom §. 1156 Gebrauch machen will, strenger behandelt, als denjenigen, welcher die Appellation anzeigt, woraus hervorgeht, daß, da gleichwohl die Anzeigefrist eine Nothfrist ist (§. 1141) die Frist des §. 1156 nicht eine einfache Wiederherstellungsfrist, vielmehr ebenfalls eine Nothfrist sei.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten nach Ansicht des §. 168 Pr.O. wird rc.

P.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 33.**

I.

1) Durch §. 234 Str.G.B. ist eine eigene Art des Vergehens der Körperverletzung bestimmt, welche als fahrlässige, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachte, Körperverletzung zu bezeichnen ist.
2) Die Krankheit und Arbeitsunfähigkeit des Verletzten, sowie der bleibende Schaden können dem Thäter nur soweit zugerechnet werden, als damit seine Handlung im ursprünglichen Zusammenhang steht, mithin hat derselbe für die Folgen eines fehlerhaften Verhaltens des Verletzten weder bezüglich des Strafpunkts noch bezüglich der Entschädigungspflicht zu haften.
3) Die gerichtsärztlichen Gutachten sind für den urtheilenden Richter nicht bindend.
4) Für den Fall des §. 234 Str.G.B. ist weder eine Anzeige des Verletzten nothwendig, noch findet darauf die kurze Verjährung von Str.G.B. §. 190 Ziff. 3 Anwendung.

Entscheidungsgründe

zu dem Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 18. Juli v. J. J.U.S gegen Spinner.

Nach den Aussagen des Angeschuldigten und des Verletzten, sowie der Zeugen steht Folgendes fest:

Am Abend des 12. April 1853 mißhandelte Andreas Fieß, damals Ochsenwirth in Oppenau, seine Frau in der Wirthsstube, was Veranlassung gab, daß deren Bruder, der Angeschuldigte, herbeigerufen wurde und in jenem Zimmer den ziemlich betrunkenen Andreas Fieß zur Rede stellte, was um so erlaubter war, als solche Auftritte öfters vorfielen. Von Reden kam es, ohne daß der erste Urheber ermittelt wäre, zu Thätlichkeiten, in Folge deren die beiden Streitenden zum Zimmer hinausgerieben und sich auf dem Hausgange weiter mit einander rauften. Nach kurzer Weile kam Andreas Fieß allein wieder in das Wirthszimmer zurück und zeigte, außer mehreren unbedeutenden, hier nicht weiter in Betracht kommenden Kopfverletzungen eine stark blutende Wunde auf dem Rücken der linken Hand vor.

Nach allen Umständen des Falls ist es unzweifelhaft, daß Fieß jene Verwundung bei und in Folge der Rauferei mit dem Angeschuldigten erhielt, und so fragt es sich nur, welche von den verschiedenen Erklärungsweisen den Vorzug verdient. Was der behandelnde Arzt, Wittmer, darüber sagt, ist zu unbestimmt, und hat in der Untersuchung gar keinen Anhaltspunkt, wie es auch der Referent der großh. Sanitätscommission widerspricht.

Aber auch die jetzige Behauptung des Angeschuldigten, daß Fieß im Hausgange ein Beil ergriffen habe, von ihm jedoch am Schlagen verhindert und zu Boden geworfen worden sei und sich dabei mit dem Beile verletzt haben müsse, ist unglaubwürdig.

Denn nach den Aussagen der Ehefrau Fieß und der Dienstmagd Anna Maria Huber ist anzunehmen, daß damals gar kein Beil im Hausgange lag, wie auch Fieß dessen Vorhandensein und Gebrauch widerspricht. Der hofgerichtliche Medicinalreferent erklärt es übereinstimmend mit dem Referenten der großh. Sanitätscommission für sehr unwahrscheinlich, und die Lage, sowie die Beschaffenheit der Wunde verleihen diesem Ausspruche das größte Gewicht.

Nach der Angabe des Gendarmen Hertlein theilte diesem der Angeschuldigte unmittelbar nach dem Vorfalle mit, daß er den Fieß an den im Hausgange stehenden Haberkasten hingeworfen habe, und hievon dieser seine Wunde erhalten haben müsse. Auch sah dieser Zeuge

Digitized by Google

selbst, daß dort ein neuer Haberkasten damals stund, an dessen scharfen Ecken man sich verletzen konnte. Die Ehefrau Fieß vermuthet, daß die Handverletzung auf diese Weise entstanden sei, weil der Haberkasten ganz blutig war und eiserne Schlösser hatte, woran ihr Mann sich habe verwunden können.

Anna Maria Huber bezeugt, daß der Haberkasten und der Boden in seiner Nähe stark mit Blut bespritzt war. Der Angeschuldigte gibt an, daß er den Fieß mit Anwendung aller Kraft hinter dem Fleischklotze zu Boden geworfen habe.

Da nun dieser Klotz nach der Ortsbeschreibung der drei letztgenannten Personen auf dem Hausgange hinter oder neben dem Haberkasten stund, so überzeugt man sich von einer solchen Uebereinstimmung und Ineinandergreifen dieser verschiedenen Aussagen, daß man schon darnach diese Entstehungsweise der Wunde für sehr wahrscheinlich ansehen muß.

Zwar hat sich das großh. Physikat dagegen ausgesprochen, aber der hofgerichtliche Medicinalreferent hat dieß durch eine gründliche Erörterung entkräftet, und die großh. Sanitätscommission tritt dem insofern bei, als sie überhaupt eine sichere Ermittlung der Entstehungsweise der Wunde für unthunlich hält und die in den beiden anderen Gutachten angenommenen für gleich möglich erklärt, obwohl sich übrigens deren Referent mehr der Auffassung des großh. Physikats zuneigt.

Demnach stehen jedenfalls der Aussage des Gendarmen Hertlein die aus der ärztlichen Wissenschaft zu entnehmenden Gründe nicht entgegen, und bleiben auch gewisse Zweifel übrig, so verdient die mildere Ansicht den Vorzug, weßhalb bei dem Urtheile von der Unterstellung auszugehen ist, daß die Wunde an der Hand des Fieß eine Folge von deren heftigen Anschlagen an die Ecke oder die Schlösser des Haberkastens ist, was dadurch eintrat, daß der Angeschuldigte ihn mit Anwendung aller Kraft zu Boden warf.

Wie schon der ganze Hergang der Sache gegen die Annahme eines Vorbedachts und für jene des Affekts des Angeschuldigten spricht, so ist das Niederwerfen des Fieß keine Handlung, welche eine Absicht des Angeschuldigten, dem Fieß eine Körperverletzung zuzufügen, beurkundet, wohl aber ergibt sich daraus seine Absicht, den Fieß zu mißhandeln. Daß die Körperverletzung des Fieß als Erfolg dieser Handlung von dem Angeschuldigten überhaupt vorherzusehen gewesen wäre, läßt sich um so weniger bezweifeln, als derselbe zugibt, den Fieß mit Anwendung aller Kraft an einer Stelle zu Boden geworfen zu haben, wo mancherlei Geräthschaften stunden, an welchen sich dieser im Falle anstoßen und beschädigen konnte.

Demnach und im Hinblick auf Str.G.B. §. 237 liegen bezüglich der Körperverletzung selbst (vorerst nemlich abgesehen von dem bleibenden Schaden und der Dauer der Krankheit) alle Erfordernisse einer strafbaren Fahrläßigkeit vor.

Da aber diese Fahrläßigkeit ihren Entstehungsgrund in der Absicht, den Fieß zu mißhandeln, hat, so ist ein Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrläßigkeit vorhanden, worüber §. 103 Str.G.B. bestimmt, daß dem Angeschuldigten die That in Bezug auf die Mißhandlung zum Vorsatz, in Bezug auf die Körperverletzung aber zur Fahrläßigkeit zugerechnet werden muß, und daß die Strafausmessung nach §. 182 Str G.B. zu geschehen hat, insofern nicht ein besonderes Gesetz etwas Anderes verordnet. Ein solches besonderes Gesetz findet sich nun in §. 234 Str.G.B., durch welchen die ordentliche Strafe der vorsätzlichen Körperverletzung gedroht wird, jedoch nur in gemildertem Maße, wenn zu dem Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrläßigkeit noch der Umstand hinzukommt, daß die eingetretene Körperverletzung nicht als leicht mögliche Folge der Mißhandlung vorauszusehen war.

In dieser Hinsicht sprechen sich zwar alle drei Gutachten dahin aus, daß abgesehen von den schweren Folgen der Wunde die Körperverletzung selbst von dem Angeschuldigten leicht vorherzusehen gewesen wäre, allein das großh. Physikat unterstellt dabei ausdrücklich die Anwendung eines Messers, und ist dies bei dem Gutachten des hofgerichtlichen Medicinalreferenten und der großh. Sanitätscommission nicht der Fall, so kann man sich doch der Meinung nicht erwehren, daß dieselben entweder auf der gleichen Annahme beruhen, oder nicht hinreichend scharf zwischen der Möglichkeit der Voraussicht im Allgemeinen (§. 101 Str.G.B.) und der Möglichkeit des leichten Vorhersehens (§. 234 Str.G.B.) unterscheiden, denn die darin vorgetragenen Gründe beziehen sich lediglich auf erstere Art.

Bedenkt man, daß der Gebrauch eines Messers nicht angenommen werden darf, und daß das Entstehen einer so scharf und tief einschneidenden bedeutenden Riß wunde auf dem Rücken der Hand (als welche man sie betrachten muß) durch Niederwerfen gewiß zu den seltenen Fällen gehört, so rechtfertigt es sich, wenn die hier allein maß-

Digitized by Google

gebende richterliche Ueberzeugung (§. 104 Einf.-Ges.) annimmt, daß diese Folge seiner That von dem Angeschuldigten **nicht leicht** vorherzusehen war, weßhalb gegen denselben die mildere Strafandrohung des §. 234 Str.G.B. zur Anwendung kommt. Obwohl diese Gesetzesstelle nur von einer Strafmilderung spricht und keine besondere Bezeichnung für den betreffenden Fall gibt, so findet sich doch eine solche und zwar mit Rücksicht auf die obige Erörterung und im Vergleich mit §. 212. 213 Str.G.B. ganz sachgemäß in §§. 241. 264. 277, wo der Ausdruck „fahrlässige, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachte Körperverletzung" mit Bezug auf §. 234 gebraucht wird, und diese Bezeichnung war daher im Urtheile anzuwenden. *)

*) Hieran knüpft sich von selbst die Frage, was Rechtens ist, wenn die eingetretene Verletzung als Folge der That leicht vorauszusehen war? arg. e contr. des §. 234 muß man sagen, daß alsdann dem Thäter der Erfolg seiner Handlung so zugerechnet wird, als ob er vorsätzlich gehandelt habe; mit andern Worten: dieser Fall ist nach den gewöhnlichen Bestimmungen von §§. 225. 232 zu bestrafen. Es weicht dieß freilich von den in §§. 103. 212. 213 angenommenen Grundsätzen ab, allein zur Rechtfertigung dient, daß dieser Fall sehr nah an den unbestimmten Vorsatz (§. 98) grenzt, und für das häufigste Vergehen der Körperverletzung eine strengere Auffassung, als bei der Tödlung, geboten war, zumal es sich bei diesem nicht um so große Strafe handelt.

Während Jagemann, Beiträge S. 415 ff. die Bestimmung des §. 234 Str.G.B. mehr vom Gesichtspunkte des Milderungsgrundes betrachet, nimmt C. Brauer, Magazin Bd. III. S. 174 richtiger an, daß §. 234 von einer fahrlässigen, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Körperverletzung als Gegenstück zu der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung (§. 212. 213) handelt. Ebenso richtig ist seine weitere Bemerkung, daß ein Fall der fraglichen Art vom Gesetze als vorsätzliche Körperverletzung behandelt, aber unter Umständen milder bestraft werde.

Die Fassung des §. 234 ist keine glückliche, denn statt, wie es offenbar beabsichtigt war, für alle Fälle des Zusammentreffens von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Körperverletzung im Sinne des §. 103 eine besondere Strafbestimmung zu geben und so die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des §. 103 bezüglich der Strafausmessung auszuschließen, ist nur von einem Fall die Rede, in welchem mildere Strafe eintreten kann. Im Wege der Auslegung kommt man jedoch mit Rücksicht auf die §§. 101. 103. 212. 213. 241. 264. 277 zu dem Ergebniß:

1) War im Falle einer eingetretenen Körperverletzung die Absicht des Thäters auf eine bloße Mißhandlung des Andern oder auf eine geringere, als die wirklich eingetretene, Körperverletzung gerichtet, so liegt ein Fall des Zusammentreffens von Vorsatz und Fahrlässigkeit vor.

2) War die eingetretene Körperverletzung von dem Thäter bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit nach allgemeiner Erfahrung oder nach seiner besonderen Kenntniß nicht vorherzusehen, so kann ihn nur die Strafe des beabsichtigten, nicht jene des eingetretenen Erfolges treffen.

3) Konnte der Thäter den Erfolg zwar überhaupt, aber nicht als leicht möglich, vorhersehen, so wird seine Strafe nach Maßgabe der eingetretenen Körperverletzung festgesetzt, jedoch kann eine Milderung eintreten, die aber nie bis zur Strafe der fahrlässigen Körperverletzung herabgehen darf.

4) In anderen Fällen tritt die ordentliche Strafe der Körperverletzung ein.

5) In den Fällen Ziff. 3 und 4 hat man das Vergehen als fahrlässige, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachte, Körperverletzung zu bezeichnen; zwar ist hierunter eigentlich der Fall nicht begriffen, wenn der Thäter eine wirkliche, jedoch geringere, als die eingetretene, Körperverletzung beabsichtigt hat, allein der Ausdruck „Mißhandlung" ist so allgemein, daß er im weiteren Sinne auch hierauf paßt. — So spricht §. 212 in seiner Ueberschrift auch nur von Körperverletzung, während nach seinem Inhalte auch Mißhandlung dazu gehört.

Die Verletzung hatte nach den eidlichen Versicherungen des behandelnden Arztes Wittmer, eine 44tägige Krankheit des Fieß zur Folge und heilte so unglücklich, daß ein bleibender Schaden entstund, indem an drei Fingern der linken Hand die Bewegungsfähigkeit beschränkt ist.

Vor Allem ist es nun unrichtig, wenn das großh. Physikat die Körperverletzung deßhab unter Str.G.B. §. 225 Ziff. 2 subsumiren will, da der Verletzte keineswegs seiner Hand ganz beraubt wurde, und mit Recht hat der hofgerichtliche Medicinalreferent und die großh. Sanitätscommission nur Ziff. 5 jener Gesetzesstelle für anwendbar erklärt, weil jener bleibende Schaden nur in einer Beschränkung im Gebrauche gewisser Glieder besteht.

Damit aber dieser bleibende Schaden und die lang dauernde Arbeitsunfähigkeit und Krankheit des Fieß dem Angeschuldigten als Folgen seiner That zugerechnet werden können, müssen dieselben nach der allgemeinen Begriffsbestimmung des §. 225 und im Vergleich mit §. 204 Str.G.B. durch diese That verursacht worden sein.

Nun haben aber der Arzt Wittmer und die Ehefrau Fieß bezeugt, daß sich der Verletzte während der ärztlichen Behandlung keiner Vorschrift fügte und ein ordnungswidriges Leben führte, womit auch die Aussage des Gendarmen Hertlein übereinstimmt. Entgegen der Ansicht des großh. Physikats sprechen sich der hofgerichtliche Medicinalreferent und die großh. Sanitätscommission dahin aus, daß dies Benehmen des Verletzten an der Verzögerung der Heilung Schuld ist, und bei ordnungsmäßigem Verhalten dessen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit nicht über

Digitized by Google

4 Wochen gedauert haben würde, und diesem Gutachten muß man nach Erwägung aller Gründe und Umstände beipflichten.

Darüber, ob der bleibende Schaden auch ohne jene störenden Zwischenfälle eingetreten wäre, hat sich der Untergerichtsarzt nicht bestimmt geäußert, und die beiden andern Gutachten verneinen diese Frage zwar nicht geradezu, geben aber doch zu, daß bei ungestörtem Verlaufe des Heilungsprozesses vielleicht kein bleibender Schaden eingetreten wäre.

Demnach fehlt es in letzter Beziehung am Beweise des ursächlichen Zusammenhangs, und hinsichtlich der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit steht sogar fest, daß nur eine Dauer von 4 Wochen als Folge der Verletzung erscheint, weßhalb nach dem Obigen die letztere nur in diesem beschränkten Maße und der bleibende Schaden gar nicht dem Angeschuldigten zugerechnet werden dürfen.

Demnach und nach Ansicht von §. 234. 232. Z. 3. 152. Z. 3 und 4 hielt man die erkannte Strafe für angemessen.

Der Verletzte hat auch im Wege der Ausschließung Entschädigung unter Vorbehalt der Richtigstellung begehrt, und die von ihm bestrittene Einwendung des Vergleichs, welche der Angeschuldigte vortrug, steht dem Erkenntniß nicht entgegen, sondern ist vielmehr zum Austrage vor die bürgerlichen Gerichte zu verweisen. (Str.Pr.O. §. 336).

Die Entschädigungspflicht des Angeschuldigten ist nun hinsichtlich des durch die vierwöchentliche Krankheit und Arbeitsunfähigkeit des Verletzten verursachten Verlustes, namentlich der Heil- und Pflegekosten, sowie bezüglich des während dieser Zeit entgangenen Verdienstes nach §. 10 des Gesetzes über die privatrechtliche Folgen der Verbrechen allerdings nicht zu bezweifeln, dagegen muß der Verletzte mit seinen weiteren Ansprüchen abgewiesen werden, da der Angeschuldigte nicht als der Urheber der längeren Krankheit und des bleibenden Schadens im strafrechtlichen Sinne erscheint, und dem Beschädigten überdieß noch wegen seines ordnungswidrigen Benehmens die civilrechtliche Bestimmung des L.R.S. 1148a (vrgl. L.-R.S. 1382) entgegensteht.

A. d. Gr. und gemäß Str.Pr.O. §. 351 w. d. K. w. w. g. erkannt.

Hofgerichtliches Urtheil.

J.U.S. gegen Gerber Joseph Spinner von Oppenau, wegen Körperverletzung, wird auf gepflogene Untersuchung zu Recht erkannt:

Der Angeschuldigte Joseph Spinner von Oppenau sei der fahrlässigen durch im Affecte verübte Mißhandlung verursachten Körperverletzung des Andreas Fieß von Oppenau für schuldig zu erklären, deßhalb zu einer Geldstrafe von fünfzig Gulden und in die Kosten des Verfahrens zu verurtheilen; auch sei derselbe für schuldig zu erklären, dem Andreas Fieß eine noch richtig zu stellende Entschädigung für den durch die vierwöchentliche Krankheit verursachten Schaden und entgangenen Verdienst zu bezahlen, dagegen sei Andreas Fieß mit seiner weiteren Entschädigungsforderung abzuweisen, auch dem Angeschuldigten vorbehalten, die Einwendung des Vergleichs vor den bürgerlichen Gerichten geltend zu machen.

V. R. W.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe

(zum Urtheil vom 25. Oktober v. J.)

Gegen das Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 18. Juli l. J. haben sowohl der Angeschuldigte Joseph Spinner, als auch der Beschädigte Andreas Fieß den Rekurs zum Recht eingeführt, indem sich Ersterer gegen seine Verurtheilung überhaupt und vorsorglich auch gegen die Größe der erkannten Geldstrafe, — Letzterer aber gegen den über seine Entschädigungsansprüche entscheidenden Theil des hofgerichtlichen Urtheils beschwert.

Da aber, wie die Untersuchungsakten p. 10 und 97 nachweisen, Andreas Fieß wegen verschwenderischem Lebenswandel entmündigt ist, also nach L.R.S. 513 ohne Beiwirkung des ihm gerichtlich verordneten Beistandes seine Entschädigungsansprüche vor Gericht nicht verfolgen kann, so erscheint der von ihm allein ohne den Beizug seines Beistandes eingeführte Rekurs als unstatthaft.

Die Beschwerden des Angeschuldigten Joseph Spinner aber stellen sich als nicht begründet dar, seine Verurtheilung an sich, und namentlich auch in Bezug auf die erkannte Strafgröße ist vielmehr durch die hofgerichtlichen — auch hierorts adoptirten — Entscheidungsgründe vollkommen gerechtfertigt.

Der Angeschuldigte sucht zwar in der Rekursinstanz noch die Zulässigkeit seiner strafgerichtlichen Verfolgung überhaupt aus dem Grunde zu bekämpfen, weil Andreas

Digitized by Google

ließ erst nach Umfluß von zwei Jahren die gegen ihn verübte fahrlässige Körperverletzung bei Gericht angezeigt habe; somit nach No. 3 des §. 190 des Strafgesetzes in Verbindung mit §. 238 des Strafgesetzes die gerichtliche Verfolgung zur Zeit der Einleitung der Untersuchung bereits verjährt gewesen sei.

Die dem Angeschuldigten Joseph Spinner zur Last fallende Handlung stellt sich jedoch, wie die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe genügend nachweisen, nicht als eine rein fahrlässige Körperverletzung nach §. 237 des Str.G., welche nach §. 238 Str.Ges. nur auf Anzeige des Betheiligten gerichtlich verfolgt und bestraft werden kann, sondern als eine von Amtswegen zu verfolgende Körperverletzung im Sinne des §. 234 des Str.Ges., nämlich als eine solche dar, die an sich zwar vom Angeschuldigten nicht beabsichtigt war, aber doch in Folge einer von ihm absichtlich unternommenen Mißhandlung eingetreten ist.

Auf Verletzungen dieser dem §. 234 des Str.Ges. zu unterstellenden Art findet aber §. 238, und folgeweise auch No. 3 des §. 190 keine Anwendung, eine Verjährung der gerichtlichen Verfolgung würde vielmehr nach No. 2 des allegirten §. 190 des Str.Ges. erst nach Umfluß von 10 Jahren eingetreten sein.

Es mußte aus diesen Gründen bestätigend erkannt werden. P.

II.

1) Der Unterpfandsgläubiger hat an den hangenden Früchten seiner Unterpfänder nur dann ein Vorrecht, wenn er sein Pfandrecht auf die Liegenschaften geltend macht, und kann daher, wenn er nicht auf die Liegenschaften selbst greift, sondern nur die Pfändung der Früchte auf dem Halm erwirkt, einen anderen betreibenden Gläubiger nicht ausschließen.
2) Ein Vorzugsrecht für Gemeindeumlagen ist im Gesetze nicht begründet.

Ueber das Thatsächliche des betreffenden Rechtsstreits, In Sachen der großh. markgräfl. badischen Fidei Commiß-Kapitalien-Verrechnung, Einsprachsklägerin, gegen die Gemeinde Reichenbach, Einsprachsbeklagte, wegen Vorrang auf die Vollstreckungsergebnisse ist folgendes zu bemerken:

Die Einsprachsklägerin erwirkte für rückständige Zinsen mit 586 fl. 23 kr. aus einem unterpfändlich gesicherten Darleihen Zugriff auf Früchte auf dem Halm (nämlich Heugras und Kirschen) welcher in der Art vollzogen wurde, daß der Gerichtsvollzieher am 27. Mai l. J. eine Nachpfändung auf diese, bereits zu Gunsten dreier anderer Gläubiger gepfändete Gegenstände vornahm. Zwei dieser concurrirenden Gläubiger haben übrigens auf die Pfändung verzichtet, so daß nur noch die Gemeinde Reichenbach übrig blieb, zu deren Gunsten für eine Umlagenforderung von 81 fl. 46 kr. Heugras im Anschlage von 98 fl. gepfändet worden war.

Unbestrittenermaßen gehörte das gepfändete Heugras zu den hangenden Früchten der Unterpfänder der Einsprachsklägerin, und daraufhin begehrte Letztere vorzügliche Befriedigung vor der Einsprachsbeklagten, weil die Früchte als Zubehörde der Liegenschaften gleichfalls von ihrem Pfandrechte ergriffen würden. L.R.S. 547. 552. 2114a. 2134. Pr.O. §. 861. 862.

Die Einsprachsbeklagte bestritt diesen Anspruch als rechtlich ungegründet, weil nur mit dem Zugriffe auf die Sache selbst das Pfandrecht an den Zugehörden wirksam werde (Zachariä III. Ausg. §. 170. 286), und weil ihr für die Umlagenforderung ein Vorzugsrecht zustehe.

Darauf erging das unterrichterliche Urtheil, welches die Einsprache aus dem ersten Grunde und mit Bezug auf L.R.S. 2114 und 544 Code de proc. art. 689 abwies.

Unterm 31. Oktober 1856 erfolgte auch bestätigendes Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts mit folgenden

Entscheidungsgründen.

Da die weitere Einsprachsbeklagte Barbara Huber auf das unterrichterliche Urtheil verzichtet hat, so ist nur die Einsprache gegenüber der Gemeinde Reichenbach Gegenstand der oberrichterlichen Entscheidung.

Das Unterpfandsrecht der Einsprachsklägerin, auf welches dieselbe ihren Anspruch auf vorzügliche Befriedigung gründet, ergreift seiner Natur nach (L.R.S. 2114. 2118) nur die verpfändeten Liegenschaften, und ergreift also die darauf befindlichen oder damit verbundenen beweglichen Gegenstände nur kraft der gesetzlichen Fiction, wonach dieselben als unbewegliche Theile der Liegenschaften angesehen werden.

Digitized by Google

Sobald mithin diese Fiction wegfällt, ist die bewegliche Zugehörde der Liegenschaft kein Gegenstand des Pfandrechts mehr, und dieß ist der Grund der Vorschrift des L.R.S. 2114a, daß mit der Trennung der Fahrnißzugehörde der Liegenschaft vor dem gerichtlichen Zugriffe das Pfandrecht darauf erlöscht.

Aber nicht nur auf diese Weise kann jene gesetzliche Fiction wegfallen, sondern es tritt dieß auch dann ein, wenn der Pfandgläubiger, ohne sein Pfandrecht auf die Liegenschaften nebst Zugehörde geltend zu machen, diese Zugehörde allein zum Gegenstande der zwangsweisen Beitreibung seiner Forderung macht, nämlich z. B. wie im vorliegenden Falle Pfändung der Früchte auf dem Halm erwirkt, indem er dadurch jene Zugehörde in ihrer Eigenschaft als Fahrniß in Anspruch nimmt, mithin mobilisirt.

Daher haben die französischen Rechtslehrer (Zachariä Bd. I. §. 170 Note 7. Bd. II. §. 286. lit. b. und besonders deutlich Troplong, des hypoth. Bd. II. No. 404. S. 27. 28), anerkannt, daß das Pfandrecht sich auf die bewegliche Zubehörde nur dann erstrecke, wenn das Pfandrecht auf die Liegenschaften selbst ausgeübt wird, und daß bei der Concurrenz mehrerer Gläubiger auf das Ergebniß der Pfändung der Früchte auf dem Halm dem Pfandgläubiger kein Vorzug gebührt, wenn er nicht Liegenschaftszugriff erwirkt hat.

Dieß ist denn auch für Frankreich durch die Bestimmungen in Art. 689. 681 c. de proc. civ. bezüglich der saisie — brandon (Pfändung der Früchte auf dem Halm) ausdrücklich vorgeschrieben.

In Baden ist daran nichts geändert, denn L.R.S. 2114a erläutert sich im Vergleiche mit L.R.S. 2204a dahin, daß nur dem Zugriffsbefehle hinsichtlich der Liegenschaft selbst die Wirkung, auch die Zugehörde zu ergreifen, eingeräumt werden sollte. (Vrgl. Pr.O. §. 1004 und Brauer, Bd. IV. S. 250).

Schon die Stellung von L.R.S. 2204a zeigt nämlich, daß dort der Liegenschaftszugriff gemeint ist, und Pr.O. §. 1004 macht dieß ganz unzweifelhaft, wozu noch kommt, daß jener L.R.S. nach seinem Inhalte und Brauers Zeugniß den oben allegirten Stellen des französischen Prozeßrechts entnommen ist, mithin sicherlich nicht in L.R.S. 2114a jeder Art von richterlichem Zugriffe die gleiche Wirkung beigelegt werden sollte.

Da die Einspruchsklägerin den Zugriff auf die ihr verpfändeten Liegenschaften nicht erwirkt, und einen übrigens ganz anders zu begründenden (Pr.O. §. 1039 Z. 2 §. 1040. 1041) Anspruch auf verhältnißmäßige Befriedigung mit dem Gegentheile nicht erhoben hat, so ist sie durch die Abweisung ihrer Einsprache nicht beschwert.

Aus diesen Gründen und gemäß Pr.O. §. 168 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Da die Frage eine sehr interessante ist, so mögen einige für und gegen erfolgten Abstimmungen hier eine Stelle finden. Der Vertreter der Minderheit erklärte:

„Ich kann mit der Ansicht des Herrn Referenten, welche die Einspruchsklage für unbegründet hält, nicht übereinstimmen.

Die Gemeinde Reichenbach hat zwar allerdings zuerst (am 24/29. April 1856) für ihre Forderung von 81 fl. 46 kr. Gemeidsumlagen an Georg Zimmermann, die Pfändung auf Heugras erwirkt.

Und die Fidei Commiß Capitalien Hauptverrechnung hat für ihre Zinsrückstandsforderung pro 1853/55 von 586 fl. 23 kr. herrührend aus einem Capital von 7000 fl. die Pfändung auf denselben Gegenstand erst am 19/27. Mai 1856 erwirkt.

Der von der Gemeinde Reichenbach zuerst erwirkte Zugriff kann ihr aber an und für sich noch keinen Vorrang vor der Fidei Comiß-Kapital-Verechnung gewähren, sondern es fragt sich, ob nicht diese ein vorzüglicheres Recht vor jener in Anspruch nehmen kann? Das gepfändete Heugras ist gewachsen auf den Wiesen, welche der gedachten Verechnung für ihre Forderung von 700 fl. verpfändet sind.

Es stund am 27. Mai d. J., wo die Pfändung für letztere Forderung vor sich ging, noch auf dem Halm, und war daher nach L.R.S. 2114a. 2118 als liegenschaftlich zu betrachten. Sowie nun die Unterpfandsgläubigerin mit der Hypothekenklage ihre Rechte bezüglich der Wiesen selbst geltend machen kann, ebenso muß es ihr freistehen, auf einen Theil dieser Wiesen, die hangenden Früchte, das Hengras zu greifen, und zwar allein und ohne Verbindung mit einem Zugriff auf die Hauptsache. Denn kein Gesetz schreibt das Gegentheil vor.

Auch L.R.S. 2204a steht meines Erachtens nicht im Wege. Dieser schreibt nur vor, was ein Schuldner zu thun hat, wenn ihm ein ordnungsmäßig erfolgter Zugriffsbefehl verkündet ist. Er enthält aber nichts darüber, welche Verhältnisse zwischen einem Gläubiger, der einen Zugriffsbefehl erwirkt hat, und einem dritten Gläubiger, der gleichfalls einen Zugriffsbefehl erhalten hat, und nur Einsprache gegen den ersten betreibenden Gläubiger erhebt,

Digitized by Google

einzutreten haben. Darüber gibt allein unsere Pr.O. im §. 1039 Ziff. und 1040 die Vorschrift, und daß hiernach die Fidei Comiß-Kapital-Verrechnung als Unterpfandsgläubigerin in ihrem vollsten Rechte ist, kann wohl nicht bestritten werden. Denn sie hat ihre Einsprache erhoben, ehe die Beklagte die Ergebnisse der Versteigerung bezogen, und zudem zu einer Zeit, wo das Heugras noch auf der Wiese gestanden ist.

Für meine Ansicht spricht auch die Ausführung im hofgerichtlichen Bericht vom 2./6. Oktober 1854 in den General-Akten über das Pfand- und Vollstreckungswesen sub l., welchem das ganze Collegium beigetreten ist.

Ich stimme daher für Abänderung zu Gunsten der Fidei Comiß-Kapital-Verrechnung."

Ein Stimmführer der Mehrheit sprach sich dahin aus:

„Ich bin der Ansicht des Unterrichters und des Herrn Respicienten aus den von ihnen angeführten Gründen.

Die Klägerin hat kein Unterpfandsrecht auf die hier in Frage stehenden Erträgnisse allein, d. h. insofern dieselben außer Verbindung mit den Grundstücken, auf welchen sie erwachsen sind, zur Sprache kommen, denn ein solches Unterpfandsrecht gibt es nicht.

L.R.S. 2114. Zachariä, Handb. des franz. Civilrechts 5. Aufl. §. 283.

Troplong des priviléges et hypothèques Bd. II. No. 404 Abs. 2.

Ein derartiges Unterpfandsrecht macht aber die Klägerin geltend; sie gründet darauf ihren Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus den Erträgnissen der ihr verpfändeten Grundstücke.

Ihr Anspruch erscheint demnach als in Rechten nicht gegründet.

Der Zugriff auf jene Erträgnisse steht der Klägerin allerdings zu, wie dies bei jedem Gläubiger der Fall ist; allein sie stützt sich nicht auf den erwirkten gerichtlichen Zugriff hierauf, sie will vielmehr kraft ihres angeblichen Unterpfandsrechts die Ergebnisse der von der Beklagten erwirkten Pfändung der Früchte auf dem Halme an sich ziehen, was aber bei dem Mangel eines in dieser Art wirksamen Unterpfandsrecht nicht angeht."

Endlich gab ein Anhänger der gleichen Meinung zu vernehmen:

„Auch ich stimme nunmehr für die Bestätigung des amtlichen Urtheils nach der Ansicht des Herrn Referenten. Meine frühere Ansicht ging dahin:

Nach dem Wesen des Pfandrechts hat ein Pfandgläubiger das Recht, die ihm verpfändete Liegenschaft im Zugriffswege verwerthen zu lassen, um sich aus dem Erlös mit Vorrang vor unbevorzugten oder jüngeren Pfandgläubigern bezahlt zu machen, also aus der Hauptsache und Zubehör, z. B. der hängenden Ernte, die durch Antrag auf Liegenschaftszugriff zu seinen Gunsten immobilisirt erscheint L.R.S. 2204 a, und als Theil des Grundstücks selbst behandelt wird. — Daher kann auch der Eigenthümer des Grundstücks nur in bedingter Weise über die Ernte verfügen, und beziehungsweise über deren Erlös, d. h. sofern nicht vor der Einheimsung ein Liegenschaftszugriff erfolgt. — Und weiter geht auch der von der Minorität angerufene Bericht vom 2. Oktober 1854, wie ich glaube, in keiner Weise.

Wenn aber der Pfandgläubiger blos einen Zugriff auf die ausstehende Ernte verlangt, so ist die Sache anders. Zwar könnte man (wie ich früher dachte), sagen: So lange die ausstehende Ernte vom Käufer nicht bezahlt ist, ist sie unbeweglich; sie wird aber (Zug um Zug — vrgl. §. 977 ff. Pr.O.) vor der Einheimsung vom Käufer bezahlt, der damit nur das Recht erhält, sie einzuheimsen und zur beweglichen Sache zu machen. Die Zahlung ist gleichsam die Bedingung, unter welcher der Pfandgläubiger in die Mobilisirung der Ernte einwilligt, und welche erst durch die Zahlung eintritt, bei welcher der Pfandgläubiger erst das Recht des Käufers unbedingt anerkennt.

Diese Argumentation zerfällt aber an der Betrachtung: das Pfandrecht an einem früchtetragenden Grundstück ist nur ein Recht auf die Sache, und darauf, daß sie als fruchttragend in gutem Stand erhalten werde. Vrgl. Zachariä II. 166.

Dagegen hat der Pfandgläubiger als solcher noch kein Recht, zur Vermehrung des Werths seines Pfandstücks zu verlangen, daß die Früchte eine bleibende Zugehör (uneingeheimst aufgespeichert) werden, was man sich z. B. bei einer Waldung am besten deutlich machen kann, bei welcher der haubare Holzerwachs auch jahrelang stehen bleiben kann.

Der Pfandgläubiger darf nur forstwirthschaftswidrige und ungewöhnliche Benutzungsarten sich verbitten, denn der Pfandschuldner ist Nutznießer des Pfandstücks; nur das Nutzungsrecht darf er nicht zum Nachtheil des Pfandgläubigers davon trennen, z. B. dadurch, daß er es auf lange Jahre verpachtet und den Pachtzins sich vorauszahlen läßt, denn an den hängenden Früchten, beziehungsweise dem noch nicht fälligen Pachtertrag des zur Zeit

Digitized by Google

der Verpfändung schon verpachteten Grundstücks bleibt dem Pfandgläubiger sein Recht als auf eine noch unbewegliche Zubehör des Grundstücks bis zur Trennung von dem letztern.

Geräth daher der Pfandgläubiger in Gefahr, so mag er die ausstehende Ernte durch Antrag auf Liegenschaftsvollstreckung sich zur Deckung seines Guthabens sichern. Hiernach kann die Klägerin gegen die Beklagte nach §. 1039 [1] Pr.O. sich nicht durch Einsprache, sondern nur durch Antrag auf Liegenschaftsvollstreckung sichern, womit die stehende Ernte als unbewegliche Sache zu seinen Gunsten immobilisirt wird, während dritte Gläubiger — so lange die Ernte noch steht, kein Recht haben, dem Pfandgläubiger sein Recht auf die unbewegliche Zubehör, auf die Hauptsache zu schmälern.

Zweckmäßig wäre es vielleicht, den Pfandgläubiger durch Vorrang auf die Früchte durch bloßen Zugriff auf letztere zu schützen, um ihn nicht zur Härte gegen den Schuldner, d. h. zum Antrag auf Liegenschaftszugriff zu nöthigen, allein dazu bedürfte es eines neuen Gesetzes."

Was mich betrifft, so theile ich die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ausgesprochene Ansicht, und bemerke nur noch, daß derselben die Annalen XXIV. S. 118 veröffentlichte Entscheidung des obersten Gerichtshofes nicht entgegensteht, denn dieselbe beruht darauf, daß der Gantgläubiger sein Pfandrecht an den Liegenschaften selbst geltend macht, und mithin zufolge dessen auch ein Vorrecht auf deren Früchte hat, während im vorliegenden Falle eine solche Geltendmachung des Pfandrechts nicht stattgefunden hat.

Wie hier die Einsprachsbeklagte ein Vorzugsrecht für Gemeindeumlagen behauptete, so wird ein solches nicht selten von Vollstreckungsbeamten, ja sogar von Richtern angenommen, weßhalb es zweckmäßig sein dürfte, die offenbare Unhaltbarkeit dieser Meinung hervorzuheben. Kein Gesetz räumt den Gemeinden ein solches Recht ein (vergl. meine Zusammenstellung Note * S. 190. Annalen XXIV.) und das Landrecht sagt in Satz 2093 deutlich, daß ein Vorzugsrecht als Ausnahme erscheint, mithin wie es nur aus dem Gesetze folgt, so nicht über seinen gesetzlichen Umfang ausgedehnt werden darf. (Zachariä franz. Civil-Recht II. Bd. §. 256 Note 4.) Daher kann gewiß keine Rede davon sein, daß das in L.R.S. 2098 dem Staate für Steuern und Hoheitsabgaben eingeräumte Vorzugsrecht auch den Gemeinden für ihre Umlagen zustehen könnte, denn diese sind von dem Staate wesentlich verschiedene Körperschaften, und ihre Umlagen erscheinen weder als Steuern noch als Hoheitsgaben. (Trefurt zu Zachariä. S. 196.)

Es ist daher eine nicht zu rechtfertigende Willkühr, wenn man die Umlagenforderungen der Gemeinde als bevorzugt ansieht, und gar in die erste Klasse der Gantgläubiger locirt.

Dr. Puchelt.

In der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim sind zu herabgesetzten Preisen zu haben:

Sammlung der großherzoglich badischen Regierungsblätter von 1803 bis 1856 für fl. 22.

Lauckhard, Rechtsfälle, 1r bis 9r Bd. fl. 13.

Jahrbücher des großherzoglichen Oberhofgerichts 1r bis 7r Bd. 4° und neue Folge, complett, gebunden fl. 24.

Tuttlinger, Archiv des badischen Rechts. 3 Bde. mit Beilageheft fl. 3. 36.

Baurittel, Handbuch des badischen Rechts. 17 Lieferungen fl. 3.

Sirey, code annoté. 2 Bde. in 4° mit Papier durchschossen fl. 6.

Archiv des Criminalrechts von 1798 — 1847. 35 Bde. fl. 30.

Uebersicht der Strafrechtspflege im Großherzogthum Baden 1831—1838. 9 Hefte fl 3. 36.

Maier, Staatsakten des deutschen Bundes. 2 Bde. mit 1 Supplementheft fl. 5. 24.

Nouguier, lettres de change, fl. 2. 42.

Brauer, Erläuterungen des badischen Landrechts. 6 Bde. geb. fl. 5. 24.

Zachariä, franz. Civilrecht 4. Auflage. 4 Bde. fl. 6.

Malville, Commentar über das Gesetzbuch Napoleons. Uebersetzt von Blanchard. fl. 5. 24.

Außerdem finden sich noch viele juristische Werke, namentlich Badenia, auf meinem antiquarischen Lager, und bitte ich höflichst, bei Bedarf meine Firma gütigst zu berücksichtigen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 34.

I.

1) Ueber die Wirkung des Mangels der Unterschrift der Betheiligten für die Gültigkeit eines Notariatsaktes, und insbesondere darüber, daß abgesehen von Testamenten derselbe durch die Beurkundung „es habe der Betheiligte ohne Angabe eines Grundes die Unterzeichnung verweigert“ seine Beweiskraft als öffentliche Urkunde nicht verliert, unter Umständen aber doch hierin ein Grund liegen kann, die fragliche Willenserklärung als nicht erfolgt anzusehen.
2) Eidesvorbehalt ist nach der neuen Prozeßordnung ganz unzulässig.

So erkannte übereinstimmend das mittelrheinische Hofgericht und der oberste Gerichtshof in Sachen Higel gegen Mittenmüller durch Urtheile vom 23. Mai 1856 und vom 25. November 1856.

Die Beklagten hatten von ihrem Vater ein Wohnhaus geerbt, welches der Kläger in einer am 6. April 1855 abgehaltenen freiwilligen öffentlichen Versteigerung erwarb und alsbald bezog, allein drei der Beklagten wollten diese Veräußerung nicht gelten lassen, und nun erwirkten ihnen gegenüber die andern Miterben ein Urtheil, in Folge dessen die wiederholte Versteigerung jenes Hauses angeordnet wurde. Nun trat Kläger als Hauptintervenient mit dem Begehren auf, daß die Versteigerung vom 6. April 1855 aufrecht zu erhalten, eine abermalige Versteigerung mithin unstatthaft sei, indem er behauptete, daß die Beklagten nach anfänglicher Weigerung die erste Versteigerung genehmigt hätten, und sich zum Beweise dessen auf einen Notariatsakt vom 1. Mai 1855, sowie auf das Zeugniß des geschäftsfertigenden Notars und der Instrumentszeugen berief, auch sich die Eideszuschiebung vorbehielt, worüber sich die nachstehenden Entscheidungsgründe aussprechen.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In wiefern die Unterschrift der Betheiligten zur Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde erforderlich ist, läßt sich aus dem Landrechte nicht entnehmen, da L.R.S. 1317 die Förmlichkeiten nicht bestimmt, und L.R.S. 1322 nicht hereingezogen werden darf, indem für Privaturkunden andere Grundsätze maßgebend sind, wie schon L.R.S. 1318 erkennen läßt, daß nicht bei allen öffentlichen Urkunden die Unterschrift der Betheiligten nöthig fällt, z. B. bei gerichtlichen Zustellungsscheinen.

Wenn bezüglich der öffentlichen Testamente nach L.R.S. 973. 976. 1001 der Mangel der Unterzeichnung von Seiten eines des Schreibens kundigen und fähigen Testators einen Nichtigkeitsgrund bilden würde, so läßt sich dieß bei der eigenthümlichen Natur dieser Akte nicht auf andere öffentliche Urkunden ausdehnen.

So sagt denn auch die zu dem Gesetze über die Zuziehung von Zeugen bei Staatsschreibereiurkunden vom 22. Juni 1837 (Reg.-Bl. No. 19) von dem großh. Justizministerium erlassene Instruction vom 19. Dezember 1837 (Reg.-Bl. No. 51) bezüglich dieser in dem Gesetze nicht berührten Frage nur so viel, daß zufolge §. 10 die Vertragspersonen, sowie diejenigen, welche eine Willenserklärung abgeben, zur Unterschrift der Urkunden einzuladen sind, und sofern sie dieß wollen oder können, hievon mit Beifügung des Grundes in der Urkunde Erwähnung geschehen soll.

Die gleiche, nur etwas mehr gebietend gefaßte, Vorschrift enthalten bezüglich der Protokolle die §§. 224 der bürgerlichen und 80 der Strafprozeßordnung.

Demnach ist es abgesehen von Testamenten eine That-

Digitized by Google

frage des einzelnen Falls, welchen Einfluß es hat, wenn die Betheiligten die öffentliche Urkunde nicht unterzeichnet, oder die Unterschrift ausdrücklich verweigert haben. Betrachtet man die Notariatsurkunde vom 1. Mai 1855, so ist darin allerdings beurkundet, daß die Beklagten Appellanten deren Unterzeichnung ohne Angabe eines Grundes verweigert haben, und hiedurch, sowie durch die Aussagen der Zeugen widerlegt sich die Behauptung der Beklagten, daß sie dieß durch die Nichtgenehmigung der Hausversteigerung ausdrücklich motivirt hätten. Auffallender und höchst ungeeigneter Weise haben dieselben auch stets die Unterzeichnung der gerichtlichen Protokolle verweigert, und so könnte es scheinen, daß auch die Verweigerung der Unterzeichnung des Notariatsakts nur Folge eines leeren Mißtrauens oder einer Laune sei, mithin die Gültigkeit der Urkunde nicht beeinträchtige, allein dieß widerlegt sich dadurch, daß der Geschäftsfertiger, Notar W., gesetzwidrig ohne die Einwilligung dieser Betheiligten die Liegenschaftsversteigerung vollzog, sie von Amtswegen zu deren Genehmigung vorlud, und sodann ohne ihren Antrag die Erbtheilung vornahm, für welche Ungebührlichkeiten ihm die Mißbilligung des ihm vorgesetzten Amtsrevisorats ausgesprochen worden ist. Auch erscheint der Inhalt der Urkunde wahrhaft sonderbar, denn nach anfänglicher Ablehnung der Genehmigung der Hausversteigerung wird diese plötzlich ertheilt und sogar auf den Antheil am Erlöse verzichtet, mithin eine Schenkung an die übrigen Erben gemacht. Unter diesen Umständen gewinnt die Verweigerung der Unterschrift eine solche Bedeutung, daß sie der Urkunde die Kraft entzieht, als wirklicher Ausdruck des Willens der Betheiligten zu gelten, zumal die Fassung des Schlußsatzes „genehmigend unterschrieben" die Genehmigung und Unterzeichnung in eine solche Verbindung mit einander bringt, daß das Eine ohne das Andere nicht angenommen werden kann. Ueberdieß handelt es sich hier um eine einseitige Willenserklärung, bei deren Abgabe Niemand von den Gegenbetheiligten anwesend war, so daß, wäre auch die Genehmigung der Hausversteigerung in der That ausgesprochen worden, dennoch deren sofortige Zurückziehung statthaft war, und als eine solche müßte nach der besprochenen Sachlage die Verweigerung der Unterschrift aufgefaßt werden. Bei so bewandten Verhältnissen ist daher der Zeugenbeweis, sofern er die Genehmigung der Hausversteigerung darthun soll, unzulässig, und sofern er die Richtigkeit der Urkunde erhärten soll, unerheblich L.R.S. 1341 ff. Ebenso verhält es sich mit dem Beweismittel der Eideszuschiebung (Pr.O. §. 526, L.R.S. 1360a) und zudem dürfte dasselbe schon deßhalb nicht berücksichtigt werden, weil davon nur in der Form des Eidesvorbehalts Gebrauch gemacht worden ist, was die neue Pr.O. nicht mehr gestattet. (Pr.O. §. 369. 370. 531–533 Weglassung des §. 575 der alten Pr.O.) Unter schließlicher Hinweisung auf Annalen XXI. S. 88 Gilbert Note 17 zu Art. 1318 erscheint daher der Beweis des Klaggrunds als gänzlich mißlungen, weßhalb und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 168, wie geschehen, abändernd erkannt werden mußte. (Kläger Hauptintervenient wurde abgewiesen.)

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das unter Zuzug zweier Instrumentszeugen von Notar W. im Laufe des ihm zur Erledigung übertragenen Mittenmüller'schen Erbtheilungsgeschäftes über die Erklärung einiger der Erben aufgenommene Protokoll vom 1. Mai 1855 kann wegen der mangelnden Unterschrift dieser nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des L.R.S. 1317 verlieren, weil (wie auch die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausführen), abgesehen von einzelnen Rechtshandlungen, wie von der Errichtung von Testamenten in öffentlicher Form durch die des Schreibens kundige und fähige Personen, weder das Landrecht, noch sonst ein Gesetz die Unterschrift derjenigen, welche unter der Autorität eines öffentlichen Beamten eine Willenserklärung abgeben, als eine zur Gültigkeit des darüber aufgenommenen Aktes nothwendige Solennität verlangt, weil es vielmehr genügt, wenn nach erfolgter Aufforderung der Betheiligten zur Unterzeichnung deren Verweigerung der Unterschrift und der dafür angegebene Grund beurkundet ist. (Landesherrliche Verordnung vom 20. Mai 1809 ad §. 12 und 13. Gesetz vom 22. Juni 1837 in Verbindung mit §. 10 ꝛc. seiner Vollzugsverordnung vom 22. Dezember 1837, vergl. mit §. 242 der bürgerl. und §. 80 der Str.Pr.O.)

Dagegen kann in der unter dem 1. Mai 1855 protokollirten, von Ferdinand Mittenmüller und den Xaver Schner'schen Eheleuten abgegebenen Erklärung selbst in Verbindung mit der Art und Weise, wie sie dem aufgenommenen Akt ihre Unterschrift versagten, keine Genehmigung der den Gegenstand der von Polizeidiner Higel erhobenen Klage bildenden Hausversteigerung vom 26. April 1855 gefunden werden. Beide besagte Mittenmüller'sche Miterben haben nämlich inhaltlich des Protokolls

Digitized by Google

vom 1. Mai 1855 zunächst mit aller Bestimmtheit und unter Angabe des sie leitenden Motivs der ganz gegen ihren Willen von Notar W. vorgenommenen Hausversteigerung die Genehmigung versagt, und sodann zwar allerdings noch nachträglich eine Genehmigung, aber mit dem Beisatze kundgegeben, daß sie jedoch am Erlöse keinen Antheil nehmen, diesen vielmehr den andern Erben, welche die Hausversteigerung verlangt hätten, überlassen würden, und haben sodann, als sie auf Vorlesung dieser ihrer Erklärung behufs deren Genehmigung zur Unterschrift aufgefordert worden waren (als sie, wie das Protokoll besagt, „genehmigend unterzeichnen" sollten), also nachdem die bestimmte Genehmigung des Verkaufs beziehungsweise ihrer darüber kund gegebenen Erklärung von ihrer Unterschrift abhängig gemacht worden war, diese Unterschrift geradezu verweigert, hierdurch aber ihre nur unter Beschränkungen, also nicht endgültig ausgesprochene Erklärung wieder zurückgenommen, ehe nur über den Sinn und die Bedeutung der an sich dunkeln Beschränkungen verhandelt, und wegen derselben ein Uebereinkommen mit den übrigen Erben getroffen worden war.

Eine andere Bedeutung als die, daß sie den Hausverkauf nicht genehmigen wollten, kann ihrer Unterschriftsverweigerung um deswillen nicht beigelegt werden, weil kein Grund dieser Verweigerung protokollirt ist, aus welchem eine andere Deutung derselben möglich wäre, als ihr gegeben werden muß, wenn sie ganz einfach auf die Aufforderung erfolgt, durch die Unterschrift den Act zu genehmigen, wenn also in der Verweigerung selbst, hingesehen auf die durch die geschehene Aufforderung der abverlangten Unterschrift beigelegte Bedeutung die Zurückziehung der nur bedingt ausgesprochenen Genehmigung liegt, ehe noch über diese Bedingungen oder Beschränkungen die Interessenten gehört waren, wie dieß auch von den übrigen Mittenmüller'schen Miterben selbst nicht anders verstanden worden ist, was sie dadurch zu erkennen gaben, daß sie nunmehr in einer gerichtlichen, gegen Ferdinand Mittenmüller und die Schner'schen Eheleute bei dem Oberamt Offenburg erhobenen Klage, eine nochmalige Versteigerung des Hauses impetrirten.

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, das hofgerichtliche Urtheil bestätigt werden, unter Verfällung des oberappellantischen Theils auch in die Kosten der dritten Instanz. P.

II.

Findet die Bestimmung in §. 165. 179 Str.G.B. und §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 auch auf Ehrenkränkungssachen Anwendung?

Gendarm Brender von O. erhob gegen Thomas Marquart von St. eine Anklage wegen Ehrenkränkung in Beziehung auf seine Dienstführung. Und Thomas Marquart wurde durch Urtheil des Hofgerichts des Seekreises vom 8. Oktober v. J. wegen der fraglichen Ehrenkränkung zu einer Amtsgefängnißstrafe von 4 Wochen verurtheilt. Derselbe war aber bereits durch Urtheil desselben Gerichtshofes vom 24. September v. J. wegen ersten Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls zu einer Arbeitshausstrafe von 8 Monaten verurtheilt und am 7. October v. J. in die Strafanstalt abgeliefert. Als es sich um den Vollzug der wegen Ehrenkränkung erkannten Strafe handelte, wurde vom Hofgericht des Seekreises nach Ansicht der §§. 170—172. 179. 165 Str.G.B. und §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 und in Erwägung, daß eine Erhöhung der wegen Diebstahls erkannten Arbeitshausstrafe durch Umwandlung der wegen Ehrenkränkung weiter erkannten Amtsgefängnißstrafe nicht möglich ist, da diese keinen nach §. 34 Str.G.B. noch zulässigen Strafzusatz ergibt, durch Erkenntniß vom 14. Januar d. J. verfügt, daß die wegen Ehrenkränkung erkannte Amtsgefängnißstrafe unvollzogen bleibe.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff die Staatsbehörde, gestützt auf den §. 317 Str.G.B., den Rekurs, von der Ansicht ausgehend, daß die §§. 165. 179 Str.G.B. und §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nur dann Anwendung finden, wenn die verschiedenen Urtheile solche Verbrechen zum Gegenstande haben, welche von Amtswegen oder blos auf Anzeige untersucht und bestraft werden müssen, nicht aber dann, wenn das eine oder andere Urtheil ein Verbrechen oder Vergehen betreffe, das nur auf Privatanklage verfolgt werden könne.

Zwar, so räsonnirte die Staatsbehörde weiter, spreche das Gesetz allgemein und sei eine solche Unterscheidung ausdrücklich nicht darin enthalten. Allein jedes Gesetz müsse nicht blos in dem Sinne ausgelegt werden, der mit dürren Worten darin ausgedrückt sei, sondern auch in dem Sinne, welcher aus der Natur der Sache folge. In der Natur der Sache liege es nun aber, daß solche Vergehen, welche blos auf Anklage gerichtlich verfolgt werden, nicht auf ganz gleiche Weise zu behandeln seien,

Digitized by Google

wie die Verbrechen, welche von Amtswegen untersucht werden müssen. Das Gesetz habe dieses unzweideutig dadurch zu erkennen gegeben, daß es die gerichtliche Verfolgung jener Vergehen überhaupt von der Privatwillkür der Betheiligten abhängig mache, indem es z. B. auch die Zurücknahme der Anklage gestatte. §. 322 Str.G.B. Die gegentheilige Ansicht würde ferner zu dem seltsamen Ergebnisse führen, daß die Strafe vollzogen werden könnte, wenn nur ein Verweis oder eine Geldstrafe erkannt, also eine geringere Ehrenkränkung verübt werde, nicht aber dann, wenn eine Gefängnißstrafe erkannt, also eine schwerere Beleidigung zugefügt werde. Zudem liege es, eben weil eine Ehrenkränkung nur auf Anklage gerichtlich verfolgt werden könne, lediglich im Interesse des Anklägers, nicht aber auch im Interesse der Strafgewalt, ob die erkannte Strafe vollzogen werde oder nicht, daher sich die Strafgewalt auch nicht weiter in die Sache zu mischen habe, als das Gesetz ausdrücklich gestatte. Der §. 343 St.P.O. stehe diesem nicht entgegen. Denn in den Kammerverhandlungen sei anerkannt worden, daß in den Fällen, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintrete, die Vollstreckung des Urtheils eigentlich nur auf dessen Antrag stattfinden solle.

Damit nun nicht eine Privatperson die andere während der ganzen Verjährungszeit in der peinlichen Ungewißheit halten könne, ob das Urtheil an ihr vollstreckt werde, sei der Zusatz angenommen worden, welcher eine Beschränkung auf 4 Wochen festsetze. Und da man eine Härte für den Beschädigten darin gefunden, daß er auch auf den Vollzug des Urtheils besonders antragen solle und dadurch wieder aufs neue mit dem Angeklagten in Collision gesetzt werde, habe man sich auf die jetzige Fassung vereinigt, und habe man geglaubt, annehmen zu können, daß, wenn der Beschädigte innerhalb der gesetzten Frist nichts thue, er den Vollzug des Urtheils wolle (vrgl. Thilo zu §. 343 Str.Pr.O.). Daraus gehe hervor, daß nach der Absicht des Gesetzgebers der Vollzug der Strafe in solchen Fällen, wo das Strafverfahren nur auf Anklage des Verletzten eintrete, auch nach Umfluß der 4 Wochen nur im Interesse des Verletzten zu geschehen habe, daß daher diese Strafe nicht so anzusehen und zu behandeln sei, als wenn sie von Amtswegen erkannt worden wäre. Die Staatsbehörde stellte somit den Antrag, das hofgerichtliche Erkenntniß aufzuheben und auszusprechen, daß die wegen Ehrenkränkung erkannte Gefängnißstrafe nach Erstehung der Arbeitshausstrafe zu vollziehen sei.

Von großh. Oberhofgericht wurde jedoch durch Erkenntniß vom 1. Juli d. J. die vom großh. Staatsanwalt ergriffene Beschwerde als unbegründet verworfen aus folgenden Gründen:

Das Gesetz (Str.G.B. §. 315) hat zwar in Ehrenkränkungssachen die Einleitung der Untersuchung von dem Antrage des Beleidigten abhängig gemacht, vorbehaltlich dessen, was deßhalb im Interesse des öffentlichen Dienstes im §. 317 des Str.G. verfügt ist; es hat ferner dem Ankläger die Zurücknahme der Anklage, so lange nicht das Erkenntniß erfolgt und in Rechtskraft übergangen ist, eingeräumt, §. 322 des Str.G., und endlich noch im §. 343 der Str.Pr.O. demselben gestattet, innerhalb 4 Wochen von der Rechtskraft angerechnet, auf den Vollzug zu verzichten. Weitere Befugnisse hat aber das Gesetz dem Privatkläger nicht gewährt.

In allem Uebrigen müssen daher die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Hieraus folgt, daß auch die Vorschriften über die Verwandlung der Strafen bei zusammentreffenden Strafurtheilen zur Anwendung kommen müssen. Zwar ist der §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 hier buchstäblich nicht anwendbar, weil die zusammentreffenden Urtheile von *demselben* Gerichte herrühren. Es bedarf dieser Bestimmung aber auch gar nicht, da für unseren Fall der §. 179 verbunden mit §. 165 des Str.G. eine ausreichende Bestimmung enthält. Darnach müssen im vorliegenden Falle, wo zwei rechtskräftige Urtheile mit verschiedenartigen Freiheitsstrafen zusammentreffen, die 4 Wochen Amtsgefängniß des letzten Erkenntnisses, weil sie keinen zulässigen (§. 34 des Str.G.) Strafzusatz abgeben, ebenso in der erkannten 8monatlichen Arbeitshausstrafe des ersten Verbrechens (Diebstahls) aufgehen, wie dies der Fall gewesen sein würde, wenn dem Hofgerichte bei Erlassung des Erkenntnisses vom 8. Oktober 1856 das Urtheil vom 24. September 1856 bekannt gewesen wäre, oder beide Verbrechen gleichzeitig zur Aburtheilung gekommen wären, §. 172 des Str.G. Der §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 enthält daher nur die Anwendung des in den §§. 165. 172 und ff. des Str.G. adoptirten allgemeinen Grundsatzes auf einen einzelnen Fall, in welchem ohne diese Bestimmung die Anwendbarkeit jenes Grundsatzes hätte zweifelhaft sein können.

Das Argument, daß es bei dieser Auslegung dazu kommen könne, daß die wegen eines geringeren Vergehens erkannte Strafe eines Verweises (oder Geldstrafe) zum

Digitized by Google

Vollzuge käme, während die größere Freiheitsstrafe des schwereren Vergehens unvollzogen bleibe, trifft auch die Verwandlung bei zusammentreffenden, von Amtswegen verfolgten, Verbrechen und beweist also zu viel und folglich nichts. Das Gesetz hat in den angeführten Bestimmungen den Grundsatz ausgesprochen, daß, sowie das der Privatanklage unterliegende Vergehen einmal in das Gebiet des Vollzugs getreten ist, dasselbe der öffentlichen Strafgewalt anheimfällt und der Willkür des Privatanklägers schlechthin entzogen sein soll.

Vrgl. Thilo zu §. 322 des Str.G.

Daß die Behauptung der Rekursausführung, aus der durch die Privatanklage bedingten gerichtlichen Verfolgung folge, daß auch alles Uebrige im Interesse des Anklägers liege, nicht richtig sei, geht auch aus den §§. 313 und 320 des Str.G. hervor.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Haager.

III.

1) Ueber die Concurrenz von Amtsverbrechen und Bestechung.
2) Gemeindewaldhüter bekleiden ein ständiges öffentliches Amt, und werden nicht von den stellvertretenden Strafen des §. 704 St.G.B. getroffen.
3) Bezüglich des Bestechenden ist das Vergehen durch Anbieten oder Versprechen des Geschenkes vollendet.

Entscheidungsgründe.

Der Angeschuldigte, Andreas Dreher, ist geständig, zu Ende April und in der ersten Hälfte Mai l. J. zum Nachtheile der Gemeinde Oberharmersbach in deren Waldungen eine bedeutende Zahl von Freveln verübt zu haben.

Da die Frevel innerhalb zweier Thätigungsperioden verübt wurden, (§. 202 des Forstgesetzes) und deren Werth über 25 fl. beträgt, übrigens die Voraussetzungen des §. 169a Forstges. nicht ersichtlich sind, so hat sich Andreas Dreher eines großen Frevels schuldig gemacht, wofür ihn gemäß §. 169 Forstges. eine, von diesseitigem Gerichtshofe (§. 200 Abs. 4 Forstges. §. 20 Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851) zu erkennende Strafe von 6 Wochen Amtsgefängniß treffen müßte.

Andreas Dreher beschuldigt den mit der Hut der betreffenden Distrikte beauftragten Waldhüter Anton Lehmann, ihn zu diesen Freveln verleitet, ja sogar ihm dabei hülfreiche Hand geleistet zu haben, und wenn auch seine Aussagen allein bei dem Widerspruche des Anton Lehmann keinen vollen Beweis liefern, da er damit sein Verschulden als geringer herzustellen sucht, so liegen doch noch genügende andere Beweismittel vor, um den Anton Lehmann des Amtsverbrechens und der Bestechung als überführt anzusehen, wie auch Andreas Dreher der Bestechung geständig ist. (Folgen thatsächliche Erörterungen.)

Außer dem Vergehen der Bestechung, welches bezüglich des Dreher nach Maßgabe von St.G.B. §. 664, bezüglich des Lehmann nach Maßgabe von St.G.B. §. 663 zu bestrafen ist, fällt dem Letzteren noch ein Amtsverbrechen und dem Ersteren die Anstiftung zu demselben zur Last.

Wenn nemlich Lehmann zuwider seiner eidlich bestärkten Dienstpflicht den von Dreher verübten großen Frevel und zwar wenigstens theilweise aus Eigennutz, nämlich um der Geschenke willen, duldete, nicht anzeigte, und sogar thätlich unterstützte, so hat er sein Amt zur Verübung eines gemeinen Verbrechens (Beihilfe zu dem großen Frevel) mißbraucht, und dieß bildet zufolge §. 703. 659 ein Amtsverbrechen.

Die ihn hierwegen treffende und die Strafe der Bestechung sind jedoch gemäß St.G.B. §. 665 *) nicht neben einander zu erkennen, sondern nach den Vorschriften des §. 182 St.G.B. in der Art zu vereinigen, daß die auf die schwerste Uebertretung gedrohte Strafe in erhöhtem Maaße ausgesprochen wird. Da nun hier ein schwererer Fall der Bestechung wegen der Größe des ohne Lehmanns Willfährigkeit gar nicht möglichen Frevels vorliegt, so rechtfertigt sich nach der Schlußbestimmung von §. 663 St.G.B. die gegen diesen erkannte Strafe um so mehr, als er das warnende Beispiel seines unmittelbaren Dienstvorgängers, Isenmann vor Augen hatte, welcher wegen des gleichen Verbrechens in Strafe kam.

Nach §. 666 St.G.B. wird der Bestechende immer zugleich als Anstifter des in Folge der Bestechung zugesagten oder wirklich verübten Amtsverbrechens angesehen,

*) In allen mir zugänglichen Ausgaben des Strafgesetzbuchs ist offenbar irrig in §. 665 der §. 664 statt der §§. 662. 663 citirt. D. E.

Digitized by Google

und es könnte mithin der Umstand, daß der öffentliche Diener die Bestechung selbst hervorgerufen hat, nur die Wirkung haben, daß die Strafe für die Anstiftung zu jener für die Beihilfe herabsinkt, wie dieß der in §. 666 angeführte §. 120 St.G.B. bestimmt.

Dennoch erscheint Dreher immerhin der Anstiftung des von Lehmann verübten Amtsverbrechens schuldig, obwohl er behauptet, von Lehmann verführt worden zu sein. Uebrigens steht dem die Angabe des Lehmann entgegen, welcher in seinem außergerichtlichen Geständniß den Dreher als den Verführer bezeichnet.

Läßt man aber auch diesen Punkt als ungewiß bei Seite, so kann doch in der unbedeutenden Bestechungssumme nicht die einzige Ursache zu dem schweren Amtsverbrechen gefunden werden, so daß die Strafe des Lehmann für die Anstiftung nicht höher, als die eines Gehilfen, bemessen werden kann.

Auch diese Strafe ist aber zufolge §. 666 Str.G.B. nicht neben jener für Bestechung zu erkennen, sondern es kommt, wie bei Lehmann, die Vorschrift des §. 182 St.G.B zur Anwendung, so daß mit Hinzurechnung eines Theiles der Strafe für den großen Frevel, wie dieß St.-G.B. §. 170 ff. bestimmt, die erkannte Strafe als angemessen erscheint.

Der Werth des, die Bestechung bildenden Geschenks war gemäß St.G.B. §. 670 zu confisciren.

Aus diesen Gründen verurtheilte das mittelrheinische Hofgericht unterm 6. Dezember v. J. den Andreas Dreher wegen großen Forstfrevels, Bestechung und Anstiftung zu einem Amtsverbrechen zu dreimonatlicher Kreisgefängnißstrafe, und den Anton Lehmann wegen Bestechung und Amtsverbrechens zur gleichen Freiheitsstrafe und zur Dienstentlassung.

Bezüglich der letzteren Strafe, worüber in den Entscheidungsgründen nichts gesagt wird, hatte man bei der Discussion gar kein Bedenken, daß die Stelle eines Gemeindewaldhüters ein ständiges öffentliches Amt sei, auf welches St.G.B §. 704 keine Anwendung finde, und daß hieran das in §. 184 des Forstgesetzes bestimmte Recht der vorgesetzten Behörde, diese Gemeindebediensteten nach Gutdünken zu entlassen, nichts ändern könne. Wiederholt wurde also von der Annalen XXII. S. 405. XXIII. S. 404 vertheidigten Ansicht festgehalten, und die neuerdings Annalen XXIV. S. 173 dagegen vorgebrachten Gründe scheinen mir das nicht zu widerlegen, was ich namentlich an der erst erwähnten Stelle für dieselbe geltend gemacht habe, und worauf ich mir, um Wiederholung zu vermeiden, hinzuweisen erlaube.

Auch über eine andere Frage bezüglich des Verbrechens der Bestechung mögen hier einige Worte Platz finden: In dem Aufsatze Annalen XXII. No. 23 welcher aus den hinterlassenen Papieren des vortrefflichen und von mir dankbar verehrten Herrn von Kettenacker mitgetheilt wurde, findet sich die Behauptung, daß bezüglich des Bestechenden das Vergehen erst dann vollendet sei, wenn der öffentliche Diener das Geschenk angenommen oder sich zu dessen Annahme bereit gezeigt hat. Allein die Worte des Gesetzes in §. 664 sind so klar, daß man unmöglich dieser Meinung beipflichten kann, denn es heißt ja „sobald er das Geschenk angeboten oder versprochen hat," mithin kommt auf das Benehmen des öffentlichen Dieners gar nichts an, und dieß hat auch seinen guten Grund, denn der Bestechende hat seinerseits mit dem Anbieten oder Versprechen des Geschenkes Alles gethan, was er zur Vollendung des Vergehens beitragen kann, und darf mithin keinen Vortheil daraus ziehen, wenn ein pflichttreuer öffentlicher Diener sein unwürdiges Ansinnen zurückweist. Ganz anders ist die Stellung des öffentlichen Dieners, welcher mindestens seine Bereitwilligkeit, auf den Plan des Andern einzugehen, kund gegeben haben muß, ehe man ihn eines Unrechts zeihen kann. Demgemäß hat das mittelrheinische Hofgericht durch Urtheil vom 15. November v. J. den Schwanenwirth Hörter von Eckartsweier der vollendeten Bestechung für schuldig erklärt, obwohl der betreffende öffentliche Diener das Geschenk sofort zurückgewiesen hatte.

Dr. Buchelt.

IV.

1) Die öffentliche Bekanntmachung eines Strafurtheils hat nach Ablauf der in §. 136 Einf.Ges. bestimmten Frist auch die Wirkung, daß dadurch, gleichwie in Folge persönlicher Urtheilsverkündung, ein später verübtes gleichartiges Verbrechen die Eigenschaft eines Rückfalls erhält.
2) Unter welchen Voraussetzungen kann der Inländer wegen eines im Auslande verübten und von den ausländischen Gerichten abgeurtheilten Vergehens von den badischen Gerichten zur Untersuchung und Strafe gezogen werden.
3) Wenn in dem Urtheile des ausländischen Ge-

Digitized by Google

richts das Vergehen irrthümlich zu mild aufgefaßt ist, so hindert dieß den badischen Richter nicht, unter Berücksichtigung des wahren Sachverhalts das badische Strafgesetz als das mildere anzuwenden und dennoch eine strengere Strafe zu erkennen, als in dem ausländischen Urtheile ausgesprochen ist.

Ferdinand Ill von Friesenheim wurde, nachdem er als flüchtig öffentlich vorgeladen worden war, durch hofgerichtliches Urtheil vom 21. August 1855 des theilweise erschwerten Rückfalls in den Diebstahl für schuldig erklärt und zu geschärfter Kreisgefängnißstrafe von drei Monaten verurtheilt. Da er sich nicht stellte, so wurde dies Urtheil gemäß §. 136 des Einf.Ges. durch Einrückung in die Karlsruher Zeitung bekannt gemacht, und ist in deren Blättern vom 17. und 23. August 1855 abgedruckt, weßhalb es zufolge obiger Gesetzesstelle am 23. September 1855 als dem Angeschuldigten eröffnet galt. Aus §. 137 Einf.Ges. ergibt sich nun, daß gegen ein solches öffentlich bekannt gemachtes Urtheil der Rekurs zulässig ist, und aus §. 138 allda geht hervor, daß es durch den fruchtlosen Ablauf der Rekursfrist und durch Bestätigung von Seiten des Rekursgerichts vollzugreif wird, woraus folgt, daß die Rekursfrist an dem Tage, an welchem das Urtheil als dem Angeschuldigten eröffnet gilt, ihren Anfang nimmt, und daß es von da an gleich einem anderen Strafurtheile der Rechtskraft empfänglich wird.

Wie es deßhalb anerkannt ist, daß die Vorschrift des §. 140 Einf.Ges. über nochmalige Verkündung des Strafurtheils an den betretenen oder sich stellenden Angeschuldigten diesem nicht das Recht des Rekurses, sondern nur die Möglichkeit einer erleichterten Wiederaufnahme des Verfahrens gewährt (Annalen XXII. S. 375), so folgt daraus weiter, daß die in St.G.B. §. 184 Z. 1 für den Rückfall geforderte Verkündung des früheren Strafurtheils gleichfalls schon vorhanden ist, wenn das Urtheil in Folge öffentlicher Bekanntmachung als dem Angeschuldigten eröffnet gilt. Denn es ist dort eine bestimmte Art der Verkündung nicht verlangt, und es kann somit nur aus dem Strafprozeßrechte entnommen werden, was unter Urtheilsverkündung zu verstehen ist, zumal da der Gesetzgeber nach seinen Motiven (Thilo, St.G.B. S. 192 Z. 1) bei Erlassung des §. 184 insbesondere auch die Contumacialerkenntnisse vor Augen hatte und doch nicht eine persönliche Verkündung für nothwendig erklärte. Demnach muß auch für unsere Frage die Bestimmung des §. 140 Einf.Ges. ungeachtet ihrer allgemeinen Fassung auf ihren oben bezeichneten Zweck beschränkt, und jene des §. 136 allda zur Anwendung gebracht werden.

Aus dem §. 323 St.P.O. und noch mehr aus den dafür in der zweiten Kammer vorgebrachten Gründen (Thilo, St.P.O. Anmerkungen zu §. 323) könnte man vielleicht Bedenken gegen diese Ansicht herleiten, allein diese Gesetzesstelle ist nicht in Gültigkeit getreten, vielmehr hat das Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 gerade die dort gewährte Möglichkeit des Rekurses beseitigt und nur die erleichterte Art der Wiederaufnahme des Verfahrens beibehalten, mithin hat dasselbe der öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils alle Wirkungen der Verkündung eingeräumt, aus welcher Verschiedenheit beider Gesetze sich sogar ein weiterer Grund für die hier vertheidigte Ansicht ergibt. Eine andere Auslegung würde auch zu der Inconvenienz führen, daß gegen einen Verbrecher zahlreiche Contumacial-Strafurtheile ergehen könnten, ohne daß er jemals eines Rückfalls schuldig erklärt werden dürfte, wenn er sich der persönlichen Urtheilsverkündung zu entziehen weiß.

Im vorliegenden Fall hatte nun der Angeschuldigte Ferdinand Ill kein Rechtsmittel gegen das Urtheil vom 21. August 1855 ergriffen und stellte sich erst am 15. Oktober 1856 bei dem Untersuchungsrichter, worauf ihm das Urtheil nochmals verkündet und statt der Belehrung über die Wiederaufnahme des Verfahrens nach §. 140 Einf.-Ges. eine solche über die gewöhnlichen Rekursfristen ertheilt wurde.

Gleichzeitig wurde er wegen eines zu Ende Mai 1856 im Elsaß an einem französischen Unterthanen verübten Diebstahls in Untersuchung genommen, in welchem Vergehen der Untersuchungsrichter nur eine Fortsetzung des bereits abgeurtheilten Diebstahls, das mittelrheinische Hofgericht aber in seinem Urtheile vom 20. Juni l. J. einen weiteren Rückfall, also einen dritten Diebstahl fand, indem es in Uebereinstimmung mit der obigen Erörterung die Rückfalls-Eigenschaft des neuen Vergehens deßhalb annahm, weil zur Zeit seiner Verübung das frühere Contumacial-Urtheil längst als verkündet gegolten habe; ebenso machte der Gerichtshof den Untersuchungsrichter auf die irrthümliche Belehrung bezüglich der Rechtsmittel aufmerksam.

Schon vor Einleitung dieser Untersuchung hatte das kais. französ. Tribunal zu Schlettstadt gegen den Ange-

Digitized by Google

schuldigten wegen jenes Diebstahls ein Contumacial-Erkenntniß erlassen, worin es ihn nur eines „delit de vol simple“ schuldig erklärte und deßhalb in der „audience de police correctionelle“ zu sechs Monaten Gefängniß verurtheilte. Da dies Urtheil wegen Flucht des Angeschuldigten nicht zum Vollzuge gekommen, eine Auslieferung aber zufolge St.G.B. §. 7 unstatthaft war, so war nach St.G.B. §. 8 die Zuständigkeit der badischen Gerichte zur wiederholten Aburtheilung des Falls begründet, und es fragte sich nur noch, ob das badische oder das französische Strafrecht hier als das mildere gemäß §. 4 St.G.B. anzuwenden sei? Das Urtheil des Tribunals zu Schlettstadt lautete nun offenbar auf ein geringeres Vergehen und eine niederere Strafe, als das badische Gericht nach §. 384 St.G.B. erkennen konnte, allein dies Urtheil beruhte auf der Unterstellung, daß der Angeschuldigte nur vorübergehend als Taglöhner bei dem Bestohlenen gearbeitet habe, während es nach den Ergebnissen der Untersuchung vollkommen gewiß war, daß dies ein Irrthum sei, indem der Angeschuldigte als Knecht mehrere Monate lang bei Jenem gedient hatte, auch noch auf längere Zeit gedungen war und bei seinem Dienstherrn Kost und Wohnung hatte. Richtig aufgefaßt lag mithin ein Hausdiebstahl vor, für welchen Art. 386 Z. 3 des Code pénal die Strafe der „reclusion, mithin gemäß Art. 7, 21, 23 allda eine „peine infamante et afflictive“ droht, die nach vorgängiger Ausstellung am Pranger in einer „maison de force“ mit Zwangsarbeit vollzogen wird, und fünf bis zehn Jahre dauert. Da demnach das badische Strafgesetz (St.G.B. §. 384, 480, 481) in Wahrheit milder erschien, und die irrige Beurtheilung der Sachlage von Seiten des ausländischen Gerichts für den badischen Richter keine bindende Kraft haben kann, welcher nach §§. 4 u. 8 St.G.B. auch in einem solchen Falle selbstständig zu entscheiden hat, so legte das mittelrheinische Hofgericht seinem erwähnten Urtheile das badische Strafgesetz zu Grunde und erkannte eine Arbeitshausstrafe von acht Monaten, wobei sich der Angeschuldigte beruhigte.

Der Vollständigkeit wegen ist schließlich noch zu erwähnen, daß der bestohlene Dienstherr die erforderliche gerichtliche Anzeige gemacht hatte.

Dr. Puchelt.

V.

Die schwurgerichtliche Competenz bei Diebstählen in Bande verübt.

Ueber die schwurgerichtliche Competenz bei Diebstählen, welche von einer Diebsbande verübt sind, bestehen zweierlei Meinungen. Nach der einen Ansicht gehören alle Diebstähle, welche von einer Diebsbande verübt sind, sowohl gefährliche als gemeine, zur schwurgerichtlichen Competenz und es wird hierfür angeführt, daß sich aus der Verhandlung über die einzelnen Diebstähle am besten ergebe, ob eine wirkliche Diebsbande existirt habe. Nach der anderen Ansicht gehören nur die Aburtheilung über die Verbindung zu Diebstahl (Diebsbande) und die in Bande verübten gefährlichen Diebstähle, nicht aber auch die Aburtheilung über gemeine Diebstähle, selbst wenn sie in Bande verübt sind, vor das Schwurgericht. Diese letztere Ansicht stützt sich darauf, daß in §. 41 Ziff. 29 des Gesetzes vom 5 Februar 1851 nur der §. 482 Str. G.B, der von der Diebsbande spricht, nicht aber auch der §. 483 Str.G B, der von den in Bande verübten Verbrechen handelt, aufgenommen ist Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß durch den allegirten §. 41 Z. 29 nur die Aburtheilung über die Diebsbande, nicht aber auch die Aburtheilung über alle einzelnen in Bande verübten Diebstähle an das Schwurgericht verwiesen werden wollte. Hinsichtlich der einzelnen Diebstähle ist daher lediglich die Bestimmung in §. 41 Ziff. 18 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 maßgebend, wornach nur die gefährlichen Diebstähle an das Schwurgericht verwiesen sind, die übrigen Diebstähle aber zur hofgerichtlichen Competenz gehören, insofern sie nicht vom Hofgericht wegen der zu erkennenden Strafe nach §. 40 und 41 Z. 43 des allegirten Gesetzes besonders an das Schwurgericht verwiesen werden (vrgl Annalen No. 32 S. 251 ff. dieses Jahrganges). Die gegentheilige Ansicht würde auch dahin führen, daß die schwurgerichtlichen Verhandlungen allzu lange dauern würden. Und wenn auch die Erörterung einzelner Diebstahlshandlungen nothwendig fällt, um das Bestehen einer Diebsbande darzuthun, so folgt daraus doch nicht, daß alle in Bande verübten Diebstähle erörtert werden müssen.

Nach dieser Ansicht wurde von der Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises auf den Antrag des Staatsanwalts in der Untersuchungssache gegen Joseph König von Todtmoos Pressenberg und Genossen wegen Theilnahme an einer Diebsbande und mehreren Diebstählen, verfügt, nämlich diese Sache wegen Verbindung zu Diebstahl (Diebsbande) und wegen mehrerer gefährlichen Diebstähle an das Schwurgericht, dagegen wegen aller gemeinen Diebstähle an das Hofgericht zur Aburtheilung verwiesen. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 35.

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

Das System der Strafschärfungen.

St.G.B. §. 53 und fgde.

Hinsichtlich der Anwendung von Strafschärfungen ging unser Strafgesetzbuch in seinem Entwurfe ursprünglich von dem Grundsatze aus, daß es dem Richter bei zeitlichen Freiheitsstrafen überall freistehen sollte, von den gesetzlich zugelassenen Schärfungen innerhalb der gesetzlichen Maaßgrenzen Gebrauch zu machen, so daß die Schärfung der Strafen, soweit sie nicht für einige besondere Fälle schlechthin geboten würde, von seinem Ermessen abhängen sollte.

§. 51. 52 des Entwurfes.

In den ersten Motiven zum allgemeinen Theil Tit. I. [1]) ist über das gewählte System der Strafschärfungen Folgendes bemerkt:

„Die Befugniß des Gerichts solche Schärfungen zu erkennen, empfiehlt sich für den Gesetzgeber theils dadurch, daß auf diese Art die lange Dauer der Freiheitsstrafen, gegen welche die Criminalpolitik viele Einwendungen erhebt, vermieden werden kann, und durch die stärkere Intension, wenn z. B. ein Jahr geschärftes Zuchthaus erkannt wird, das erreicht wird, was sonst durch zwei Jahre gewöhnliches Zuchthaus bewirkt werden soll, theils wird das Schärfungsrecht wichtig, um nach der Eigenthümlichkeit mancher Verbrechen, z. B. bei der mit Vorbedacht verübten Körperverletzung, die Strafart intensiv empfindlicher zu machen, und daher die Wirksamkeit der Strafe zu erhöhen. Es kam darauf an, Schärfungsarten zu wählen, die weder das Ehrgefühl des Bestraften vernichten können und daher dem Besserungszwecke entgegentreten, noch auf die Gesundheit des Sträflings nachtheilig wirken, vielmehr nur, indem sie physische Uebel begründen, auch auf das Gemüth des Bestraften wirken und ihn zum ernsteren Nachdenken über sein Unrecht bringen. Weder öffentliche Ausstellung, noch körperliche Züchtigung — — konnten danach als Schärfungsarten zugelassen werden; dagegen gestattet §. 51 als heilsame Schärfungen dieser Art, welche der Richter nach §. 51 und 52 mit den Freiheitsstrafen immer verbinden kann, und in gewissen im besonderen Theile bestimmten Fällen verbinden muß, die einsame Einsperrung, den Dunkelarrest, die Hungerkost u. s. w. zu erkennen; aber auch hier mußte das richterliche Ermessen genau begrenzt werden und zwar theils durch Vorschriften über die Zeit, bis zu welcher eine solche Schärfung erkannt werden darf, theils und vorzüglich über das Recht (§. 53) in einer gewissen Zeit Schärfungen wiederholt eintreten zu lassen. Rücksichten der Humanität geboten hier eine Beschränkung."

Ferner ist in den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission vom Jahr 1839 zu §. 52—58 des Entwurfes ausgesprochen:

„Schärfungen der Freiheitsstrafen sind hauptsächlich da zweckmäßig, wo dieselben wegen kürzerer Dauer nicht sowohl den Endzweck haben können, auf moralische Besserung des Verbrechers hinzuwirken, als ihm ein Uebel zuzufügen, das einen repressiven Character hat." — —

„Im Ermessen des Richters liegt es, diese Schärfungen anzuwenden; jedoch ist für gewisse Fälle — vorgeschrieben, daß solche Statt finden müssen. Daß bei

[1]) Dem im Jahr 1836 gedruckten Entwurf des Strafgesetzbuches waren vorerst nur allgemeine Motive, Bemerkungen über die leitenden Gesichtspunkte, beigefügt. Im Jahre 1839 folgten dann die ausführlicheren Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zum ganzen Entwurfe.

Digitized by Google

Freiheitsstrafen von längerer Dauer die Anwendung von Schärfungen immer größeren Beschränkungen unterliegt, ist nicht minder ein Gebot der Humanität, als eine Folge des über ihre Zweckmäßigkeit aufgestellten Princips."

Diese Bemerkungen sind für die richtige Auffassung und Anwendung des Gesetzes in mehrfacher Hinsicht wichtig, weßhalb sie an die Spitze unserer Erörterungen gestellt wurden. [2])

Im Allgemeinen fand nun das von der großh. Regierung vorgeschlagene System auch bei den übrigen Theilnehmern am Gesetzgebungswerke Billigung, dagegen wurde auf Antrag der Commission der zweiten Kammer, welche es für bedenklich hielt, die Anwendung von Schärfungen für alle Verbrechensfälle ohne Beschränkung dem Richter zu gestatten und nach Maßgabe der weiteren landständischen Verhandlungen die in §. 53 (§. 51b des E.) enthaltene Beschränkung beigefügt, daß die Anwendung von Strafschärfungen nur bei Verbrechen, welchen besondere Bosheit, Eigennutz oder sonst eine schändliche Gesinnung zu Grunde liegt, statt finden solle. [3]) Hiezu kamen im Einzelnen noch einige andere Aenderungen, namentlich die Verwandlung des Gebotes der Strafschärfung bei einem Theil der vorgesehenen Fälle in eine bloße Ermächtigung zur Schärfung und eine Abänderung, zum Theil Erweiterung der Maßgrenzen; das zum Gesetz erhobene System erscheint daher jetzt, in sechs Hauptgrundsätze zusammengefaßt, folgendes:

I. Die Strafschärfung findet nur bei Freiheitsstrafen, und, abgesehen von einer sich von selbst ergebenden Ausnahme, nur bei zeitlichen, nicht bei lebenslänglichen, statt.

II. Wo das Gesetz die Schärfung im einzelnen Falle besonders gebietet, nicht blos erlaubt, muß jedesmal auf geschärfte Strafe erkannt werden.

III. In anderen Fällen findet dieselbe, sofern nicht das Gesetz sie für einzelne Verbrechensfälle besonders erlaubt (wie bei strafbaren Verletzungen der Sittlichkeit und bei Beschädigung fremder Sachen) immer nur unter der Voraussetzung statt, daß das zu bestrafende Verbrechen als ein solches erscheint, welchem besondere Bosheit oder Eigennutz oder sonst eine schändliche Gesinnung zu Grunde liegt. [4])

IV. Die gesetzlich zulässigen Schärfungen sind:

1) Einsame Einsperrung, bei allen zeitlichen Freiheitsstrafen [5]), auch bei der Festungsstrafe;
2) Dunkelarrest, bei allen zeitlichen Freiheitsstrafen mit Ausnahme der Festungsstrafe;
3) Hungerkost [6]), desgleichen;
4) Anlegung von Ketten, nur bei der zeitlichen Zuchthausstrafe;
5) Entziehung der Vergünstigung, sich bessere Kost reichen zu lassen, für die ganze Strafzeit oder einen Theil derselben, nur bei der Gefängnißstrafe (Kreis- oder Amtsgefängniß) und nur, wenn sie nicht auf der Festung erstanden wird.

Vrgl. Str.G.B. §. 54. 55. 62.

Diese Schärfungen können, mit Beachtung der gesetzlichen Schranken, auch in Verbindung (zwei oder mehrere Arten) gebraucht werden. §. 54. 62. [7])

V. In Bezug auf das Maaß der anzuwendenden Schärfungen sind in den §§. 54. 58—61 des St.G.B. zur Verhütung eines übermäßigen Gebrauches verschiedene, zum Theil für die einzelnen Schärfungsarten besonders geregelte, Grenzen [8]) gezogen:

1) In ununterbrochener Folge darf die Schärfung ein gewisses kurzes Maaß nicht übersteigen, welches bei der einsamen Einsperrung auf zwei Monate [9]), bei dem Dunkelarrest auf 4 Tage, bei der stets nur je über den andern Tag statthaften Hun-

---

[2]) Es wird in der Folge öfters darauf zurückgewiesen werden.

[3]) Das Nähere hierüber weiter unten zu Ziff. III., besonders in Note 27 und folgende.

[4]) Nähere Erörterungen hierüber unten zu Ziff. III.

[5]) In Bezug auf die Amtsgefängnißstrafe, so wie die ersten Wochen der Kreisgefängniß-, Arbeitshaus- und Zuchthausstrafe, wobei regelmäßig einsame Einsperrung eintritt, desgleichen in Bezug auf die Einzelhaft im Männerzuchthause, ist jedoch das später zu VI. bemerkte zu vergleichen.

[6]) Sie besteht in Wasser und Brod, oder in Wasser und warmer Suppe.

[7]) Vrgl. unten zu IV.

[8]) In Bezug auf Forststrafsachen, wobei die Schärfung durch Dunkelarrest und Hungerkost vorkommt, bestehen abweichende Vorschriften. Forstgesetz §. 145 und 146 (vrgl. Abänderungsgesetz von 1845 Art. 4). Es findet hiebei auf Antrag des Sträflings zur Abkürzung auch die Schärfung schon erkannter Gefängnißstrafen statt.

[9]) Für das zweite und jedes folgende Jahr bei mehr als einjähriger Strafdauer beträgt das Maaß nur die Hälfte, nämlich 1 Monat. Vrgl. Ziff. 2 lit b.

Digitized by Google

gerkost auf 7 Tage, bei der Anlegung von Ketten auf 4 Wochen festgesetzt ist. [10])

2) Die Wiederholung derselben Schärfung findet nur in solcher Weise Statt, daß geeignete freie Zwischenräume [11]) bleiben, nämlich:

a) im Fall einer nicht über ein Jahr betragenden Strafdauer, entweder

aa) nicht vor Ablauf einer festbestimmten Zwischenzeit wie bei der einsamen Einsperrung und der Anlegung von Ketten nicht vor Ablauf einer der Dauer der vorhergehenden gleichartigen Schärfung gleichkommenden Zwischenzeit, beziehungsweise bei einer länger als ein Monat fortgesetzten einsamen Einsperrung nicht vor Ablauf eines Monats, oder

bb) nach einem die Einhaltung angemessener Zwischenräume mit sich bringenden Maaßstabe, wie bei dem Dunkelarrest und der Hungerkost in der Art, daß in den ersten 3 Monaten auf 14 Tage nicht mehr als 4 Tage Dunkelarrest, auf 3 Wochen nicht mehr als 7 Tage Hungerkost kommen dürfen, in den folgenden Monaten (des ersten Jahres) aber auf 1 Monat nicht mehr als 4 Tage Dunkelarrest und 7 Tage Hungerkost;

b) im Fall einer über 1 Jahr betragenden Strafdauer in noch weit beschränkterem Maaße, nämlich: bei allen obengenannten vier Schärfungsarten für das zweite und die etwa folgenden weiteren 4 Jahre so, daß die Schärfung des Dunkelarrestes, der Hungerkost und der Anlegung von Ketten im einfachen Maaß (Ziff. 1 oben), die der einsamen Einsperrung höchstens im halben Maaß von 1 Monat nicht mehr als 4 Mal des Jahres eintreten darf, nach Ablauf des sechsten Jahres aber jede der genannten Schärfungen in ebensolchem Maaß nicht mehr als 1 Mal des Jahres.

Den bisher dargestellten fünf Hauptgrundsätzen, die sich auf die richterlich zu erkennenden Strafschärfungen, den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung, beschränken, ist der Vollständigkeit wegen noch Folgendes beizufügen:

VI. Ueber die Anwendung der oben unter IV. aufgeführten Schärfungen als Disciplinarstrafen (Strafen, die von den Vorständen der Strafanstalten, in schwereren Fällen von den oberaufsehenden Behörden, für Vergehen der Gefangenen gegen die Hausordnung oder die Disciplinarvorschriften der Strafanstalt zuerkannt werden), gelten besondere Vorschriften. St.G.B. §. 67—69.

Es kommen hier als weitere, als Schärfung der zu erstehenden Strafe sich darstellende, Strafen noch die Entziehung hausordnungsmäßiger Vergünstigungen, sowie der Betten, und der Strafstuhl hinzu, und die oben unter Ziff. V. 2 aufgeführten Maaßbeschränkungen in Bezug auf Wiederholung der Schärfung finden hier keine Anwendung; an die Stellung dieser Beschränkungen treten bei dem Dunkelarrest und der Hungerkost geringere Maaßbeschränkungen [12]), für den Strafstuhl, der nur bei der Arbeitshaus- und Zuchthausstrafe Statt findet, sind besondere beschränkende Vorschriften gegeben. [13])

Die oben unter Ziff. V. 1 bezeichneten Maaßbeschränkungen in Bezug auf ununterbrochene Folge der Schärfung finden dagegen auch hier volle Anwendung.

Es folgt nun eine nähere Erörterung über die einzelnen Hauptgrundsätze und den richtigen und zweckmäßigen Gebrauch der bestehenden Vorschriften.

Zu I.

1) Nur bei Freiheitsstrafen findet nach dem Gesetze eine Schärfung statt. In Bezug auf andere Strafen, wobei eine solche ausführbar gewesen wäre, wie z. B. Todesstrafe, Dienst-

[10]) Bei der Entziehung der Vergünstigung besserer Kostverabreichung fällt diese, sowie jede andere, Maaßbeschränkung von selbst weg.

[11]) Im Falle der Verübung neuer Verbrechen während des Strafvollzugs finden die folgenden Beschränkungen (Ziff 2a und b) nicht statt, sondern nur die Beschränkungen, welche auch bei wiederholter Anwendung des Dunkelarrestes und der Hungerkost als Disciplinarstrafe Platz greifen. Str.G.B. §. 167 vrgl. mit §. 69. Vrgl. Ziff. VI. und Note 12 unten.

[12]) Die wiederholte Anwendung kann nämlich keinenfalls vor Ablauf von 4 Tagen statt finden.

[13]) Er darf nicht über 6 Stunden täglich und nicht mehr als 3 Tage nach einander angewendet werden.

Digitized by Google

entsetzung, Dienstentlassung, Verweis u. s. w. wurde keine Schärfung zugelassen.

Hinsichtlich der Todesstrafe ist dieses, mit Rücksicht auf die ältere Strafgesetzgebung [14]), besonders ausgesprochen in §. 12 des Gesetzbuches.

2) Die einzige lebenslängliche Freiheitsstrafe, welche unser Gesetz kennt, ist die lebenslängliche Zuchthausstrafe. St.G.B. §. 10. 33 folgde. Nur bei dieser ist die Schärfung dem Richter unbedingt verwehrt. Eine sich von selbst ergebende nothwendige Ausnahme tritt jedoch in dem Fall ein, wenn der zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurtheilte während des Strafvollzuges ein neues Verbrechen verübte. St.G.B. §. 168.

3) Wenn nach Maaßgabe des Str.G.B §. 174 bei zusammentreffenden Verbrechen eine Erstreckung des gewöhnlichen höchsten Maaßes der zeitlichen Zuchthausstrafe von 20 auf 30 Jahre und demzufolge der Sache nach eine der lebenslänglichen Zuchthausstrafe in vielen Fällen gleichkommende Strafe eintritt, so erscheint hiebei gleichwohl die Anwendung der Schärfungen gesetzlich nicht ausgeschlossen. [15])

Zu II.

Gesetzlich geboten ist die Anwendung von Strafschärfungen in Bezug auf folgende Verbrechen:

1) Jederlei Verbrechen während des Strafvollzugs. St.G.B. §. 167. [16])

2) Körperverletzung mit Vorbedacht. §. 231.

3) Tödtung und Körperletzung bei Raufhändeln unter besonderen Voraussetzungen (nur in Bezug auf solche Theilnehmer, welche Waffen, Messer und andere lebensgefährliche Werkzeuge als Angriffsmittel gebrauchten oder bei der That eine besondere Rohheit oder Bosheit zeigten). §. 242.

4) Falsche Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung gegen Blutsverwandte in aufsteigender Linie. §. 302. 303.

5) Raub (unter Voraussetzung zeitlicher Freiheitsstrafe). §. 460. [17])

6) Diebstahl, sofern Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe unter 3 Jahren erkannt wird. §. 480. [18])

7) Fälschung von Grenzsteinen, sofern Arbeitshaus- oder Kreisgefängnißstrafe eintritt. §. 438.

8) Landstreicherei und gerichtlich strafbarer Bettel. §. 639—641.

9) Das in §. 369 vorgesehene Vergehen der Lustdirnen.

Bei einigen der hier aufgezählten Verbrechensfälle erscheint die Vorschrift des Gesetzes in gewissem Sinne nur als ein Ausfluß der allgemeinen Regel des §. 53, und der Gesetzgeber ist nur darin einen Schritt weiter gegangen, daß er bei Verbrechen solcher Art das Vorhandensein eines der bezüglichen Schärfungsgründe stets annimmt und jedesmal berücksichtigt haben will. Dieß gilt namentlich von Ziff. 4 der falschen Beschuldigung u. s. w. gegen Ahnen, insofern darin immer eine besondere Bosheit oder eine schändliche Gesinnung sich kund gibt, auch von Ziff. 2 der Körperletzung mit Vorbedacht, insofern diese wenigstens in der Regel auf besonderer Bosheit beruhen wird, sowie von Ziff. 5 und 6, da diesen Verbrechen Eigennutz zu Grunde liegt, und aus gleicher Ursache auch theilweise von Ziff. 7.

Bei anderen hieher gehörigen Verbrechensfällen dagegen geht das Gesetz, mit Erweiterung der allgemeinen Regel, von einem eigenthümlichen, nicht schon durch die Letztere gegebenen Gesichtspunkte aus, wie namentlich bei der Körperverletzung im Raufhandel, wo neben der besondern Bosheit auch die hievon wohl zu unterscheidende besondere Rohheit [19]) in Betracht kommt, ferner bei der Fälschung von Grenzsteinen, soweit dieselbe nicht auf Eigennutz oder besonderer Bosheit beruht (hier kam die von der Volksansicht den Grenzsteinen beigelegte besondere Heiligkeit [20]) in Betracht),

---

[14]) Vrgl. Strafedict vom Jahr 1803. §. 25. 26 P.G.O. Art. 192—194.

[15]) Wegen der Frage der Zweckmäßigkeit vergleiche man aber die unten zu Ziff. III. aufgestellten Grundsätze, auch Note 45.

[16]) In diesem Falle finden die sonst für die Wiederholung der Schärfung geltenden Beschränkungen, §. 58—64 keine Anwendung.

[17]) Vergl hiezu Note 37. 38 unten.

[18]) Vergl. auch hiezu Note 37. 38 unten.

[19]) Vergl. zu Ziff. III. insbesondere Note 30.

[20]) Vrgl. Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 438 (§ 399 des E.), Thilo, Strafgesetzbuch §. 438 Note 1.

sowie auch bei der Landstreicherei (wobei kürzere[21]), aber empfindlichere Strafen aus einleuchtenden Gründen sehr am Platze erscheinen).

Wenn übrigens das Gesetz, was namentlich die Fälle der ersteren Art betrifft, bei einer gewissen besondern Art eines bestimmten Verbrechens die Schärfung gebietet, bei den andern Arten aber nicht, so muß man sich hüten, hieraus den trügerischen Schluß zu ziehen, daß bei den andern Arten die Schärfung ausgeschlossen oder verboten sei. Eine solche Ansicht, die im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet, würde unverkennbar gegen Sinn und Geist des Gesetzes verstoßen, da auch bei jenen andern Arten, für welche die allgemeine Ermächtigung zur Strafschärfung nirgends aufgehoben ist, der eine oder andere von den allgemeinen Schärfungsgründen, oft in besonders starkem Grade, zutreffen kann und die Absicht des Gesetzgebers offenbar nur darauf ging, bei einer besonders hiezu geeigneten Art die regelmäßige Anwendung der Schärfung für alle Fälle zu sichern, nicht aber in ganz entgegengesetzter Richtung dahin, die Anwendung von Schärfungen bei dem Verbrechen überhaupt mehr als sonst zu beschränken.

Dieß zeigt sich namentlich in schlagender Weise bei vielen Fällen der im Affect verübten Körperverletzung, wo die Nichtanwendung von Schärfungen bei hervortretender besonderer Bosheit oder schändlicher Gesinnung sehr schlecht am Platze sein würde.

Vrgl. Magazin für bad. Rechtspflege und Verwaltung Bd. III. S. 184 Note 30.

Es zeigt sich aber auch in Bezug auf andere Verbrechen. Vrgl. §. 369. 370 und hiemit §. 374, ferner auch §. 480 und Note 22 unten.

In ähnlicher Weise darf man auch da, wo das Gesetz bei einem bestimmten Verbrechen für eine gewisse ausgezeichnete Art desselben die Schärfung der Strafe vorschreibt, bei einem anderen verwandten Verbrechen aber für eine in gleicher Weise ausgezeichnete Art eine solche Vorschrift nicht aufstellt, aus diesem Umstand nur folgern, daß die Schärfung hier (bei der letzterwähnten Art) nicht eintreten muß, nicht aber, daß sie nicht eintreten darf oder nur selten eintreten soll. So ist z. B. für die falsche Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung gegen Ahnen in §. 302. 303 die Strafschärfung vorgezeichnet, während für die körperliche Verletzung der Ahnen, sofern sie ohne Vorbedacht geschieht, in §. 235 die Schärfung nicht vorgeschrieben ist; demungeachtet wird auch bei dem letztern Verbrechen die Strafschärfung nicht nur zulässig, sondern auch öfters recht angemessen erscheinen.[22])

In solchen Fällen hat der Richter von seinem Ermessen nach Gestalt der Umstände mit Umsicht Gebrauch zu machen, stets eingedenk der allgemeinen Regel des §. 53.

Zu III.

Da das Gesetz in Bezug auf einige Verbrechensfälle die allgemeine Ermächtigung des Richters zur Strafschärfung besonders wiederholt, zum Theil auch etwas erweitert hat, so sind die Fälle, in denen nach Ermessen des Richters die Schärfung eintreten kann, vollständig zusammengestellt, folgende;[23])

1) Jederlei strafbare Verletzungen der Sittlichkeit, §. 335–371, nach Maßgabe des §. 374, soweit die Schärfung nicht ausnahmsweise sogar geboten ist. Vrgl. §. 369. 370.
2) Beschädigung fremder Sachen in den Fällen der §§. 570 bis 581 nach Maßgabe des §. 582, wenn sie auch nicht auf besonderer Bosheit, Eigennutz oder sonst schändlicher Gesinnung, sondern nur auf Muthwillen und drgl. beruht.
3) Verbrechen, welchen besondere Bosheit, desgleichen
4) Verbrechen, welchen Eigennutz und
5) Verbrechen, welchen sonst eine schändliche Gesinnung zu Grunde liegt, §. 53.

Zu den einzelnen Fällen ist zu bemerken:

Zu 1.) Im Regierungsentwurf war für Verletzungen der Sittlichkeit die Strafschärfung geboten (§. 333 des E.), was nach Antrag der

[21]) „Bei den hier gedrohten Freiheitsstrafen ist es im Ganzen nicht auf eine lange Dauer abgesehen." Litschgi im Commissionsbericht der II. Kammer zu dem Titel XLVII. (XLVIII. des E.) Thilo, Strafgesetzbuch im Eingang zu diesem Titel.

[22]) Uebrigens ist auch die Verleumdung und falsche Beschuldigung schon an sich ein Verbrechen, bei welchem in vielen Fällen die Strafschärfung besonders angemessen erscheinen wird. Bei der Verhandlung der zweiten Kammer vom Jahr 1840, 5. Protokoll-Heft S. 179 hob Ministerialpräsident Jolly besonders hervor, daß eine Schärfung der Strafe für Verläumdung sehr am Platze sei.

[23]) Auch der §. 276 des Str.G.B. trägt die Aufschrift „Strafschärfung." Es ist dies jedoch ein ungenauer Ausdruck, wie ein solcher auch sonst in Aufschriften der Paragraphen des Gesetzbuches sich findet. Der dort bezeichnete Fall, wo die Gerichte ermächtigt sind, zu höherer Strafe überzugehen, gehört offenbar nicht hierher.

Digitized by Google

Commission der zweiten Kammer[24]) dahin abgeändert wurde, daß die Strafschärfung bei diesem Verbrechen Statt finden könne. Die Commission erkannte hiebei an, daß bei den hierhergehörigen Verbrechen häufig Fälle vorkommen werden, wo es ganz am Platze ist, daß der Richter von dem Schärfungsrecht Gebrauch mache, sie konnte sich aber nicht überzeugen, daß dieses in allen, selbst den mildesten Fällen schlechthin nothwendig sei oder auch nur angehe.[25])

Die Kenntniß dieser Abänderung des ursprünglichen Entwurfes ist für richtige Auffassung und Anwendung des Gesetzes nicht ohne Bedeutung; es erklärt sich dadurch zugleich warum die fragliche Bestimmung nicht in §. 53 ihre Stelle fand, wo man sie eigentlich suchen sollte.

Zu 2.) Auch in Bezug auf die Strafschärfung bei der Beschädigung fremder Sachen verhält es sich in ähnlicher Weise. Auch hier war im Regierungsentwurf für die fraglichen Fälle, und zwar unter Hinweisung auf die einzelnen Paragraphen (namentlich auch auf den die Beschädigung aus bloßem Muthwillen betreffenden) die Schärfung der Strafe geboten (§. 528 des E.). Nach Antrag der Commission der zweiten Kammer sollte diese Bestimmung ganz gestrichen werden, auf Antrag der Commission der ersten Kammer wurde aber dann statt des Gebotes eine bloße Ermächtigung zur Strafschärfung aufgenommen. Die Gründe dieser Abänderung waren die nämlichen wie bei der zu 1) erwähnten.

Hieraus ergibt sich klar der Sinn des Gesetzes, insbesondere aber, daß auch bei der Beschädigung aus Muthwillen ohne Rücksicht auf besondere Bosheit u. s. w. die Strafschärfung eintreten kann.[26])

Bei den anderen Beschädigungen würde sich die Befugniß zur Strafschärfung meist schon durch die allgemeine Regel des §. 53 rechtfertigen.

Zu 3.) Das Gesetz verlangt hier eine besondere Bosheit. Sowohl mit Rücksicht auf sprachrichtigen Ausdruck, als auch nach Maaßgabe der landständischen Verhandlungen ist das beschränkende Beiwort („besondere") nur auf Bosheit, nicht auch auf die unmittelbar folgenden Worte („Eigennutz" und „sonst eine schändliche Gesinnung") zu beziehen.

Im ursprünglichen Antrag der Commission der zweiten Kammer, durch welche die beschränkende Vorschrift des §. 53 veranlaßt wurde, war nur von Eigennutz und schändlicher Gesinnung die Rede, was auch der in §. 52 hinsichtlich der Festungsstrafe gegebenen verwandten Vorschrift entspricht. Auf Grund der Diskussionen in der zweiten Kammer wurde sodann die Bestimmung „besondere Bosheit" hinzugefügt.[27])

Frägt man nach dem Sinne dieser Bestimmung, so zeigt sich, was den Begriff der Bosheit betrifft, schon an sich, nach Maaßgabe der Verhandlungen in der zweiten Kammer[28]) und insbesondere auch durch den nachfolgenden Beisatz „oder sonst einer schändlichen Gesinnung," welcher sowohl mit Bosheit als mit Eigennutz in Verbindung steht, daß hier nicht etwa von dem objectiv bösen Character der That, sondern von der Gesinnung die Rede ist und zwar, wenigstens was die meisten Fälle betrifft, in gewissem Sinne auch von einer schändlichen, d. h. einer mit

---

[24]) Commissionsbericht der zweiten Kammer zu Tit. XXII. bis XXVI. (von Trefurt) insbesondere zu §. 333.

[25]) Mit Recht wurde darauf hingewiesen, daß ja der Entwurf selbst zum Theil nur Geldstrafe alternativ neben der Freiheitsstrafe androhe.

[26]) In den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 528 des E. wurde ausdrücklich hervorgehoben: „Schärfungen sind gedroht, um das die Bosheit treffende Uebel recht empfindlich zu machen und den Muthwillen zu züchtigen.

Eine scharfe Grenze zwischen Bosheit und Muthwillen ist ohnehin in vielen Fällen schwer zu ziehen.

[27]) Vrgl. Verhandlungen der Ständeversammlung vom Jahr 1840, Protokolle der zweiten Kammer, 5. Protokoll-Heft S. 161—169. Ueber den vorgeschlagenen §. 51 b fand eine lange und lebhafte Erörterung statt. Justizministerialpräsident Jolly schlug, von Bekk und mehreren andern Kammermitgliedern unterstützt, im Namen der Regierung vor, daß auch bei solchen Verbrechen, denen Bosheit zu Grunde liegt, Schärfung zugelassen werden solle. Von mehreren Rednern, welche zum Theil nach der treffenden Bemerkung des Abgeordneten Schaaff „das Pferd der Humanität" allzu kühn ritten, wurden hiegegen, sowie gegen den §. 51 b überhaupt starke Bedenken erhoben. Man besorgte, daß, wenn neben den schändlichen Gesinnungen auch noch die Bosheit stehe, mancher Richter dieses letztere Wort außerordentlich ausdehnen werde. (Welcker.) Es wurde bemerkt, eine Bosheit der fraglichen Art sei auch schändlich, wenn man aber noch weiter gehe, so könne der Richter Alles unter den Begriff von boshaften Verbrechen bringen. (Rotteck.) Von Seiten Jolly's wurde hiegegen erwiedert, der Ausdruck „schändliche Gesinnung" bezeichne etwas habituell Gewordenes, Bosheit hiegegen trete mehr nur bei einer einzelnen Handlung hervor. Zentner schlug die Fassung „besonderer Bosheit" vor „um damit den Grad noch etwas stärker herauszuheben." Diese Fassung wurde sodann in das Gesetz aufgenommen.

[28]) Vrgl die vorstehende Note.

Digitized by Google

Ehrenhaftigkeit des Charakters unverträglichen, von moralischer Verworfenheit, nicht blos von moralischer Schwäche, zeugenden Gesinnung.[29])

Blose Rohheit darf hienach allerdings nicht mit Bosheit verwechselt werden[30]), weil erstere auch ohne schändliche Gesinnung, als Folge schlechter Erziehung, schlechter Sitte oder Angewöhnung, angeborener Derbheit und drgl vorkommen kann, wie denn auch das Gesetz selbst in §. 242 Rohheit und Bosheit unterscheidet.

Ebenso darf auch blose Rachsucht nicht schlechthin als Bosheit behandelt werden, weil der Trieb zur Rache nicht immer eine Bosheit im Sinne des Gesetzes und eine schändliche Gesinnung kund gibt, sondern auch wohl bei sonstiger Ehrenhaftigkeit des Charakters vorkommen kann, und oft sogar in alter Volkssitte[31]) Unterstützung findet, und weil überdies auch hier das Gesetz selbst Rachsucht und Bosheit unverkennbar trennte.[32]) Vrgl. §. 570, §. 659 — 661, §. 681. 682.

Indeß darf man auch nicht übersehen, daß sowohl Rohheit als Rachsucht sehr leicht in Verbindung mit Bosheit vorkommen kann.

Insofern jedes vorsätzlich verübte Verbrechen in gewissem Sinne eine Bosheit des Willens kundgibt, weil der Thäter hiebei sich absichtlich, mit Wissen und Willen zur Ausführung der bösen That bestimmt[33]), so muß es wohl von selbst einleuchten, daß der Begriff der Bosheit, den das Gesetz auch sonst in einem ausgezeichneteren Sinne gebraucht[34]), hier nicht in so allgemeinem Sinne, vielmehr in engerer Bedeutung zu nehmen ist, wie schon oben angedeutet wurde. Nur um Mißverständnissen in dieser Richtung vorzubeugen, wurde noch das Beiwort „besondere" dem Wort Bosheit beigesellt; es sollte hiedurch der Richter gewarnt werden, den Begriff der Bosheit nicht in allzu weitem Sinne aufzufassen, wogegen es keineswegs dem richtigen Sinne des Gesetzes entsprechen würde, wenn man deßhalb stets eine Bosheit von vorzüglich hohem Grade verlangen wollte.[35])

Es ist Sache des Richters nach vernünftigem Ermessen zu prüfen[36]), ob im einzelnen Falle eine solche Bosheit, wie sie das Gesetz unterstellt, vorhanden ist; eine allzu ängstliche Beschränkung des Begriffes der Bosheit wäre hier eben so wenig am Platze, als eine ungebührliche Ausdehnung desselben.

Zu 4.) In Betreff des Eigennutzes darf man nicht übersehen, daß hier nur Eigennutz im Allgemeinen, nicht etwa ein besonderer Eigennutz erfordert wird, wie schon oben zu Zif. 3 gezeigt wurde.

Ebenso darf man, wie sich aus dem oben zu Zif. II. gelieferten Nachweis ergibt, daraus, daß für gewisse auf Eigennutz beruhende Verbrechen das Gesetz die Schärfung gebietet, oder besonders zuläßt, nicht schließen, daß sie in Bezug auf nahe stehende Fälle des nämlichen oder eines verwandten Verbrechens ausgeschlossen sein solle. Ein solcher Fehlschluß wäre hier um so nachtheiliger, da bei den aus Eigennutz entspringenden

---

[29]) Bell wies in der (in Note 27) angeführten Kammerverhandlung darauf hin, daß nicht jede Bosheit auch schändlich sei, eine schändliche Gesinnung müsse von der Art sein, daß sie öffentlich brandmarke und öffentlich Schande nach sich ziehe, was man auch bei der größten Bosheit nicht immer annehme. — Diese Anschauung Bells stimmt jedoch mit der gegenwärtigen Fassung des §. 53 nicht wohl zusammen, und was derselbe hier von Bosheit sagt, das würde auch auf Eigennutz Anwendung finden, und vielleicht mit noch besseren Gründen.

[30]) Vrgl. die in Annalen Jahrg. XXII. S. 86 Ziff. 4 mitgetheilte richtige Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichtes. Jedoch scheint der beigefügte Grund, daß Rohheit eine Gemüthsbeschaffenheit, nicht aber eine schändliche Gesinnung, sei, nicht glücklich gewählt.

[31]) Man denke an die bei den germanischen Völkern durch Recht und Sitte geheiligte Pflicht zur Blutrache und zum Zweikampf.

[32]) Wenn Präsident Jolly im Laufe der angeführten Kammerverhandlung (S. 167 u. a. O.) einmal sich dahin ausdrückte, wenn ein Verbrechen aus Rachsucht, Bosheit oder schändlicher Gesinnung verübt sei, so solle der Richter schärfen dürfen, so dürfte hier wohl nur ein Reden oder Druckversehen zu Grunde liegen; jedenfalls würde dieser Ausspruch dem Obigen nicht im Wege stehen.

[33]) Bei der schon oben in Note 27 erwähnten Verhandlung der zweiten Kammer wurde gegen §. 51 b namentlich auch geltend gemacht, daß sich bei allen Verbrechen eine Bosheit und schlechte Gesinnung unterstellen lasse, so daß die Schärfung nirgends ausgeschlossen wäre. Insbesondere behauptete Sander, daß vom moralischen Gesichtspunkt betrachtet, alle Verbrechen aus schändlichen Gesinnungen entstehen.

[34]) Vrgl. §. 222 (Bosheit oder Eigennutz), §. 539 (desgleichen), §. 570 (Bosheit, Rachsucht, Eigennutz) §. 659—661 (desgleichen und Partheilichkeit), §. 681. 682 (desgleichen und sonst rechtswidrige Absicht) u. s. w.

[35]) Vrgl. Note 27 oben. Die dort angeführte Erklärung von Zentner in Bezug auf jenen von ihm vorgeschlagenen Beisatz darf nicht in solchem Sinne verstanden werden. Vrgl. auch Thilo, Strafgesetzbuch §. 53 Note 1.

[36]) Ueber die hierbei in Erwägung kommenden leitenden Grundsätze sind die unten, hinter Ziff. 5, angereihten Bemerkungen zu vergleichen.

Verbrechen die Strafschärfung vorzüglich am Platze erscheint.

Die hierher gehörige Vorschrift des §. 480 d. St.G.B., wonach gegen den Dieb die Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe unter drei Jahren und gegen den Räuber die zeitliche Freiheitsstrafe immer zu schärfen ist, fand sich nicht im ersten Entwurfe des Gesetzes, wurde aber später von der Regierung selbst hinzugefügt [37]), und nachdem sie anfänglich in der Commission der zweiten Kammer und in Letzterer selbst beanstandet worden war, von beiden Kammern angenommen. Man ging hiebei von der Ansicht aus, daß die geringeren Strafen für Diebstahl und Raub durch die Schärfung etwas höher zu stellen und wirksamer zu machen seien. [38]) Wenn aber für andere verwandte Verbrechen, wie Unterschlagung und Betrug, insbesondere auch für die gefährlichen Verbrechen der Erpressung [39]) und Fälschung [40]) eine gleichartige Vorschrift nicht besteht, so kann es doch überall keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß auch bei diesen Verbrechen die Strafschärfung zulässig erscheint und in manchen derartigen Fällen sehr zweckmäßig sein wird.

In Bezug auf die Beschädigung fremder Sachen aus Eigennutz ist durch §. 582 noch besondere Vorsorge getroffen. [41])

Es kommt übrigens häufig vor, daß ein Verbrechen, das an sich gar nicht oder doch meistentheils nicht in Eigennutz seinen Grund hat, im besonderen Falle von einem Angeschuldigten, sei es als Urheber oder namentlich als Gehilfe, nur aus Eigennutz vollführt wurde, wie z. B. wenn Jemand gegen gegebenen oder versprochenen Lohn oder sonst wesentlich aus Eigennutz eine Widersetzlichkeit oder Gewaltthätigkeit oder ein ähnliches Verbrechen verübt oder unterstützt hat, oder in eben solcher Weise als falscher Beschuldiger, Verleumder oder falscher Zeuge aufgetreten ist. Findet der §. 53 auch auf solche Fälle Anwendung?

Für die Bejahung dieser nicht unwichtigen Frage sprechen überwiegende Gründe, denn es paßt auf derartige Fälle, soweit ein Betheiligter aus Eigennutz handelte, der Grund und Zweck des Gesetzes vollkommen, und es muß bei Auffassung des §. 53 gerechter Weise nicht das Verbrechen an sich, sondern das Verbrechen des einzelnen Falles nach seiner Besonderheit in Betracht gezogen werden. Die Verübung eines Verbrechens gegen Bezahlung würde außerdem auch augenscheinlich unter den Gesichtspunkt der schändlichen Gesinnung fallen.

Zu 5.) Vom Begriff der schändlichen Gesinnung ist schon oben (zu 3) die Rede gewesen. [42]) Bosheit und Eigennutz stellen die Hauptfälle von schändlicher Gesinnung dar und es dient dieser Zusatz („oder sonst eine schändliche Gesinnung") zur Ergänzung, insofern die ersteren Fälle nicht alle möglichen Fälle erschöpfen. Hieher gehörige Fälle, die weder unter Bosheit noch Eigennutz zu stellen sind, dürften aber selten vorkommen. Man könnte etwa ein vorzugsweise auf schändlichem Undank, niederträchtiger Treulosigkeit oder Heuchelei beruhendes Verbrechen unter Umständen hieher rechnen.

Nachdem die Fälle, in denen eine Strafschärfung statt finden kann, im Einzelnen besprochen wurden, wirft sich die Frage auf, welche Grundsätze den Richter bei Ausübung seines Strafschärfungsrechtes leiten sollen? (Schluß folgt.)

---

[37]) Als §. 437 des Entwurfes.

[38]) In den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 437 des E. ist in dieser Hinsicht gesagt: „Kürzere Strafen sind zu schärfen, damit sie kräftiger als Mittel der Züchtigung wirken, da es nicht wohl möglich ist, sie zur Besserung der Schuldigen zu benützen.

Hiemit ist der Commissionsbericht der zweiten Kammer zu Tit. XXXI. bis XXXVI., insbesondere §. 437 (von Aschbach) zu vergleichen. Ein Zusatzvorschlag, wonach die Schärfung dann wegfallen sollte, wenn aus den Umständen des einzelnen Falles (z. B. bei großer Noth der Familie) erhelle, daß der Dieb oder Räuber keinen gefährlichen Willen gehabt habe, fand keine Unterstützung.

[39]) Für schwerere Fälle besteht übrigens die Vorschrift, daß der Thäter gleich einem Räuber gestraft werden solle. §. 417. 418.

[40]) Hier tritt nach §. 443 bei gewinnsüchtiger Absicht, als ein weiteres Strafübel die Geldstrafe hinzu, was nicht außer Acht zu lassen ist.

[41]) Vrgl. oben zu III. 3iff. 2.

[42]) Vergleiche insbesondere auch Note 27, 29 oben. Wenn Bell a. a. O. verlangte, eine schändliche Gesinnung müsse von der Art sein, daß sie öffentlich brandmarke und öffentlich Schande nach sich ziehe, so scheint dieses Verlangen deßhalb zu weit zu gehen, weil das Brandmarken einen ganz ausgezeichneten Grad von Schimpf und Schande bezeichnet und auch der Beisatz „öffentlich" nicht unbedingt nöthig scheint.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 36.**

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

(Schluß.)

In dieser Beziehung rechtfertigen sich im Hinblick auf das dem Gesetz zu Grunde liegende System, nach Maaßgabe einzelner bezüglicher Bestimmungen, sowie der Motive und Kammerverhandlungen nachfolgende Sätze:

1) Schärfungen sind vorzüglich bei Strafen von kürzerer Dauer am Platze, weniger bei längeren Strafen, also namentlich bei der Zuchthausstrafe von längerer Dauer.

Im Gesetz selbst anerkannt durch §. 54 („zeitlichen") §. 60. 61. 480. [43])

Ausgesprochen in den Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 52—58 des E. [44])

2) Am wenigsten zu empfehlen sind Schärfungen bei der in Einzelhaft zu erstehenden Zuchthausstrafe, namentlich bei längerer Dauer derselben. [45])

3) Zur Abkürzung der Strafdauer sind Schärfungen in vielen Fällen sehr geeignet, wenn eine ernste Strafe nothwendig, die längere Strafdauer aber mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Schuldigen oder seiner Angehörigen, seines Dienstherrn [46]) u. s. w., oder wegen der für den Staat erwachsenden unverhältnißmäßigen Kosten [47]), augenblicklicher Ueberfüllung der Gefängnisse und drgl. zu vermeiden ist.

Vrgl. die ersten Motive zum allgemeinen Theil Tit. I. [48])

---

[43]) Das Gesetz gibt sogar in Bezug auf die Zeit nähere Anhaltspunkte, indem es bei Strafen von mehr als 1 Jahe (der höchsten regelmäßigen Dauer des Kreisgefängnisses) für die weitere Zeit die Schärfung nur in wesentlich ermäßigtem Maaße und bei Strafen von mehr als 6 Jahren (der höchsten regelmäßigen Dauer des Arbeitshauses, sowie auch der Einzelhaft im Männerzuchthause) dieselbe sogar nur in ganz geringem Maaße zuläßt. Daß bei Strafen von mehr als 3 Jahren (der geringsten Dauer des Zuchthauses für die gewöhnlicheren Fälle) die Schärfung weniger allgemein geeignet erscheint, gibt §. 480 zu erkennen.

[44]) Siehe den Eingang des Aufsatzes.

[45]) Es ist bekannt, wie sich die Stimmen sachkundiger, urtheilsberufener Männer gegen urtheilsmäßige Schärfungen der Einzelhaft im Zuchthause erhoben haben, weil die wirksame Durchführung des Systems hiedurch verhindert oder sehr erschwert wird. Dahin gehört namentlich die Stimme des Directors des Männerzuchthauses, J. Füeßlin, in seinem auf sechsjährige eigene und auf fremde Erfahrungen gestützten Werke „die Einzelhaft im neuen Männerzuchthause" S. 415, so wie in einer früheren Schrift. Hiemit stimmt das Urtheil eines sehr vertrauenswürdigen Geistlichen der Anstalt, das ich aus dessen eigenem Munde zu vernehmen Gelegenheit hatte, vollkommen überein. Ebenso auch der Ausspruch des großh. Amtsarztes Dr. Diez (früheren Directors der Anstalt) in seiner neuesten Schrift über Verwaltung und Einrichtung der Strafanstalten mit Einzelhaft S. 51. Solche Stimmen verdienen wohl besondere Beachtung, wenn auch nachweisbare körperliche Nachtheile sich duech die fraglichen Schärfungen nicht ergeben haben.

Ich halte es daher für eine sehr zu billigende Uebung des Mannheimer Schwurgerichtshofes, wenn derselbe von jeher bei Zuchthausstrafen von längerer Dauer vom Schärfungsrechte wenig Gebrauch gemacht hat. Auch bei dem Bruchsaler Schwurgerichtshof hat in neuerer Zeit eine solche Uebung mehr Eingang gefunden. Es entspricht dieselbe dem richtig aufgefaßten Sinne des Gesetzes, welches überdies gar nicht auf das System der Einzelhaft berechnet war, wie aus §. 54 Zif. 1, §. 56 und §. 61 hervorgeht.

[46]) Vrgl. Note 50 unten.

[47]) Indeß kann, wie sich von selbst versteht, die Rücksicht auf den Kostenpunkt immerhin nur eine untergeordnete sein. Es würde z. B. die Anwendung eines bedeutenden Maaßes von Hungerkost, blos um dem Staate Unterhaltekosten zu ersparen, keine Billigung finden können.

[48]) Siehe den Eingang des Aufsatzes.

Digitized by Google

Commissionsbericht der zweiten Kammer zu Tit. I. II. und X. §. 52—58 des E. (Ziff. 5.)

Besonders anerkannt in §. 639—640 in Bezug auf die verhältnißmäßig kurze, aber geschärfte Strafe der Landstreicherei und des Bettels. Vrgl. hiezu den Commissionsbericht der zweiten Kammer zu Tit. XLVIII. und XLIX. des E.[49]) im Eingang.

4) Um die Wirksamkeit der Strafe zu erhöhen, zeigt sich die Anwendung von Schärfungen sehr zweckmäßig, ja nothwendig, wenn nach der Persönlichkeit des Schuldigen die einfache Freiheitsstrafe für ihn nur ein sehr geringes oder gar kein Uebel enthalten würde.

Vrgl. die ersten Motive a. a. O.

Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 52—58. (Ziff. 2.)

Besonders die Verhandlung in der Sitzung der zweiten Kammer vom 14. März 1840, Bemerkungen von Duttlinger und Trefurt.[50])

5) Ferner kann auch wegen der Abscheulichkeit des Verbrechens, wegen der dabei vorgekommenen empörenden oder ärgerlichen Umstände eine Schärfung der Strafe, damit sie empfindlicher wirke, besonders passend erscheinen.

Dieser Gesichtspunkt ist im §. 53 des Gesetzes selbst, ferner in §. 302. 303, auch zum Theil in §. 242. 438 anerkannt

Vrgl. Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 52—58 des E. (Ziff. 4).

6) Namentlich zeigt sich auch bei Rückfälligen, unter den gesetzlichen Voraussetzungen, die Schärfung der Strafe besonders angemessen[51]), zumal dann, wenn etwa wegen geringen Betrages der früheren Strafen nach Maaßgabe des §. 188 eine nur geringe Straferhöhung eintreten kann.

Vrgl. Ziff. 4 oben.

7) Einzelne Schärfungsarten erscheinen in Bezug auf bestimmte Personen aus besonderen Gründen weniger geeignet, wie z. B. Hungerkost in größerem Maaße in Bezug auf sehr jugendliche, oder sehr schwächliche und sehr bejahrte Verbrecher, Dunkelarrest und einsame Einsperrung in Bezug auf Personen die zu Geistesstörungen oder zu sonstigen, durch Dunkel und Einsamkeit in gefährlicher Weise beförderten Gesundheitsstörungen hinneigen, Ketten in Bezug auf kränkliche und verkrüppelte Züchtlinge.

8) Auf der andern Seite zeigen sich aber auch einzelne Schärfungsarten für gewisse Personen besonders dienlich und heilsam, wie z. B. Hungerkost für Säufer und Schlemmer, Ketten für gefährliche Räuber.[52])

9) Ueberhaupt wird auch die Rücksicht auf zu erwartende günstige Wirkung für sittliche Besserung der Sträflinge niemals zu mißachten sein.

Vrgl. die ersten Motive a. a. O.

Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 52—58 des E. (Ziff. 3).

10) Endlich versteht es sich von selbst, daß der Strafrichter bei Ausübung seines Schärfungsrechtes überall den Anforderungen der Humanität, die sich mit dem Ernst und der Würde des Richteramtes sowohl verträgt[53]), nach Gebühr Rechnung zu tragen hat.

---

[49]) Vrgl. Note 21 oben.

[50]) Verhandlungen vom Jahr 1840, Protokoll der zweiten Kammer, 5. Protokollheft, S. 162. Richtig bemerkte Duttlinger dort: „Es gibt sehr viele Verbrecher, für welche eine Freiheitsstrafe im Amtsgefängniß, was ihre eigene Person betrifft, gar keine Strafe ist, sondern nur eine Strafe für den Vater, oder den Dienstherrn, oder den Meister." Nachdem der Redner dieses auch auf die Kreisgefängnißstrafe angewendet hatte, fuhr er fort: „Wenn man nun für diese keine Schärfung ins Gesetz nimmt, so dictiren wir Denjenigen, die früher von Strafen getroffen worden sind, von denen der Entwurf nichts mehr weiß — — eigentlich gar keine Strafe, sondern diese Leute sind straflos . . ." Aehnlich auch Trefurt ebend. S. 163.

Die Schärfungen sollten eine Lücke ausfüllen, die durch Abschaffung der körperlichen Züchtigung in der Strafscala entstanden war. Vrgl. den angeführten Commissionsbericht (Ziff. 1).

[51]) Nach dem kön. sächsischen Strafgesetzbuch Art. 12. 13. 16 treten bei solchen Verbrechern, welche schon einmal gewisse Strafen erstanden haben, einzelne Schärfungen kraft Gesetzes von selbst ein.

[52]) Bei solchen hat der Mannheimer so wie der Bruchsaler Schwurgerichtshof mehrmals diese Schärfung angewendet.

Uebrigens waren zur Zeit der Berathung des Gesetzbuches in der zweiten Kammer die Meinungen über die Wirkung dieser Schärfungsart sehr getheilt. Einige Stimmen hielten dieselbe für etwas sehr Hartes, während andere sie sehr gering anschlugen. Vrgl. die in Note 50 angeführten Kammerverhandlungen S. 190. 191.

[53]) Ein Richter, der das Gebot der Humanität verachtet, wie hoch auch die Würde sein mag, die er bekleidet, steht auf einer sehr niederen Stufe richterlicher Würdigkeit.

Digitized by Google

Die Motive der Regierung, sowohl die ersten Motive zum allgemeinen Theil als auch die Anmerkung der Gesetzgebungscommission weißen ausdrücklich auf das Gebot der Humanität hin. [54])

Zu IV.

In Bezug auf die Schärfung der einsamen Einsperrung ist zu bemerken, daß nach Stt.G.B. §. 56 die Amtsgefängnißstrafe regelmäßig und ebenso die Kreisgefängnißstrafe in den ersten 2 bis 4 Wochen, die Arbeitshausstrafe und Zuchthausstrafe in den ersten 4 bis 8 Wochen mit einsamer Einsperrung verbunden sein soll. [55]) Insoweit, sowie bei der Einzelhaft im Männerzuchthause, kann dieselbe sonach als besondere Schärfung nicht vorkommen. Wenn daher insoweit eine geschärfte Strafe statt finden soll, wie z. B. im Fall des §. 369. 639, so muß eine andere Schärfungsart gewählt werden. [56])

Es kann auch, was die Verbindung mehrerer Schärfungsarten betrifft, wohl nicht bezweifelt werden, daß an sich, da das Gesetz dieß nicht verbietet, auch zweierlei Schärfungen auf einen Tag fallen können, wie z. B. einsame Einsperrung und Hungerkost, Entziehung besserer Kost und Dunkelarrest, auch wohl Ketten und Hungerkost u. s. w., wenn nur sonst die gesetzlichen Maaßbeschränkungen eingehalten werden. Indeß zieht hier Humanität und Zweckmäßigkeit eine Grenze, die nur selten und nicht ohne Noth zu überschreiten sein wird.

Uebrigens genügt nach Maaßgabe des Justizministerialerlasses vom 12. Juni 1851 die Angabe der Art und Dauer der Schärfungen im Urtheile, ohne daß eine nähere Bestimmung über die Zeit und Art des Vollzuges beizufügen ist; der Letztere bleibt daher den Vorständen der Strafanstalten überlassen. [57])

Die weiteren Schärfungsarten, welche das Strafgesetzbuch kennt, Entziehung hausordnungsmäßiger Vergünstigungen, sowie der Betten, und namentlich der Strafstuhl sind bei gerichtlichen Strafen nicht zulässig, sondern nur als Disciplinarstrafen, siehe Ziff. VI.

Ziff. V.

Bei Festsetzung der in Bezug auf den Grad der Strafschärfungen erforderlichen Maaßbeschränkungen ging man zur Zeit der Berathung unseres Strafgesetzbuches von allen Seiten mit ängstlicher Sorgfalt zu Werke, wodurch sich eine Vervielfältigung der Beschränkungen ergab, die so mannichfaltig ist, daß sie nicht wohl vollständig im Gedächtniß bewahrt werden kann und in keinem anderen deutschen Gesetzbuch auch nur annähernd ihres Gleichen findet. Die Erfahrung hat zur Genüge gelehrt, daß eine so weit gehende Ausführlichkeit und Verschiedenheit der Maaßbestimmungen weder nothwendig noch zweckmäßig erscheint. [58])

Mit wenigen, in thunlichste Uebereinstimmung gebrachten Vorschriften würde der gute Zweck des Gesetzes ebensogut, ja noch besser erreicht werden. [59]) Hierüber dürfte wohl jetzt unter den Sachkundigen keine Meinungsverschiedenheit mehr bestehen.

Die Genauigkeit der gegebenen Vorschriften hat übrigens nicht verhindert, daß über den Sinn des §. 59 erhebliche Zweifel entstanden sind, welche bereits früher in diesen Blättern erörtert wurden. [60])

Es kann nämlich die Vorschrift, daß der Dunkelarrest im Laufe von 14 Tagen nicht mehr als 4 Tage, die Hungerkost im Laufe von 3 Wochen nicht mehr als 7 Tage betragen solle, auf verschiedene Weise ausgelegt werden, entweder

a) so, daß je auf einen Maaßbetrag von 14 Tagen

---

[54]) Siehe den Eingang dieser Abhandlung.

[55]) Bei der Ueberfüllung der Gefängnisse, namentlich der Amtsgefängnisse, wird diese Vorschrift öfters unausführbar erscheinen. Vrgl. Annalen Jahrg. XVIII. S. 204.

[56]) Dies kann keinem begründeten Zweifel unterliegen. Vrgl. Annalen an dem in der vorigen Note angeführten Ort, Redactionsnote.

[57]) Der §. 57 bestimmt aber, daß die erkannten Schärfungen, wo das Gericht nichts Anderes verfügt, sogleich im Anfange der Straferstehung zu vollziehen sind.

[58]) Warum für die Fortdauer jeder einzelnen Schärfungsart und für die Wiederholung jeder einzelnen und ferner für die drei ersten Monate, für das erste Jahr, für das zweite bis sechste Jahr und für die übrige Zeit je eine besondere Zahlenbestimmung? Wie einfach und im Ganzen sachgemäß erscheinen dagegen die bezüglichen Vorschriften anderer Gesetzbücher, z. B. des würtembergischen, Art. 16. 25, des österreichischen, §. 20—23, des königl. sächsischen, Art. 14. 16. 18.

[59]) Die Besorgniß, unvermuthet eine der zahlreichen gesetzlichen Sperketten zu durchbrechen, wird manchen Richter dazu führen, sich in einzelnen Fällen lieber auf ein geringeres Maaß zu beschränken, wo ein größeres am Platze sein würde, während, ohne solche Besorgniß auf der andern Seite, einzelne der gesetzlichen Beschränkungen so leicht übersehen werden können.

[60]) Vrgl. Annalen Jahrg. XXIII. S. 359.

Digitized by Google

und drei Wochen Freiheitsstrafe nicht mehr als 4 und beziehungsweise 7 Tage Schärfung, für die weiteren, jenen Maaßbetrag nicht erreichenden Tage oder Wochen aber demzufolge (höchstens) nur eine verhältnißmäßig geringere Anzahl von Tagen in Ansatz kommen darf, oder

b) so, daß je für einen Zeitraum von 14 Tagen und 3 Wochen, die haftfreien Tage am Schluß hinzugerechnet, nicht mehr als 4, und beziehungsweise 7 Tage Schärfung angesetzt werden soll.

Der Unterschied in Ergebniß, nach Umständen nicht unerheblich, fällt in die Augen; nach der ersteren Berechnungsart dürften z. B. auf 21 Tage höchstens 6 Tage Dunkelarrest, nach der zweiten aber 8 Tage Dunkelarrest gesetzt werden.

Für die erstere Auffassung ließe sich anführen, daß es an sich die näher liegende, natürlichere Auslegungsweise scheine, jene 14 Tage und 3 Wochen nur auf Straftage und Strafwochen zu beziehen, daß im Sinne des Gesetzes das Verhältniß der ganzen Strafzeit zu den Schärfungstagen maaßgebend sein solle, und daß die bereits besprochene ängstliche Sorgfalt des Gesetzgebers in Bezug auf Verhinderung übermäßiger Strafschärfung für diese den Angeschuldigten günstigere Ansicht spreche.

Für die zweite Auffassung dagegen ist hauptsächlich geltend zu machen, daß es nach der unterstellbaren Absicht des Gesetzgebers, im Hinblick auf die ähnliche Bestimmung des §. 58 und die ursprüngliche Fassung des Entwurfes nur darauf ankomme, daß dem Sträfling eine hinreichende Zwischenzeit zur Erholung von der geschärften Strafe frei bleibe, wonach es sich von selbst ergebe, daß die folgenden ganz haftfreien Tage als eine noch viel bessere Erholungszeit ebensowohl mit einzurechnen seien, als etwaige Strafansätze.

Dieser Grund leuchtet ein und es dürfte der zweiten Auffassung hienach allerdings der Vorzug gebühren, da sie mehr der Vernunft entspricht und eine wirkliche Beschwerde für den Sträfling darin nicht gefunden werden kann, wenn auf die weitere Schärfungstage so viel ganz freie, statt nur so viel schärfungsfreie Tage folgen. Dagegen scheinen alle übrigen am angeführten Orte für diese Ansicht [61]) angerufenen künstlichen Gründe wenig überzeugend.

Uebrigens ist die obige Streitfrage für die Rechtsanwendung nur von geringer Bedeutung, denn es bezeichnen die fraglichen Maaßgrenzen nicht das gewöhnliche Maaß der Schärfung, sondern nur das höchste Maaß, bis zu welchem der Richter äußersten Falles vorschreiten darf, eine Spannung der Schärfungen bis zu diesem höchsten Grade wird daher nur in verhältnißmäßig wenigen Fällen angemessen erscheinen. Dieser Gesichtspunkt ist bei Anwendung des Gesetzes stets zu beachten, weil sonst für Fälle gewöhnlicher Art eine ungebührlich harte Schärfung eintreten würde.

Zu VI.

In Bezug auf die als Disciplinarstrafen verhängten Strafschärfungen wird hier bemerkt:

Hinsichtlich der Entziehung der Betten wurde in der zweiten Kammer das Bedenken erhoben, daß sie im Winter eine allzu grausame und harte Strafe sein würde, worauf von Seiten der großh. Regierungscommission Jolly und Duttlinger anerkannt wurde, wie es sich von selbst verstehe, daß diese Strafart im Winter als eine die Gesundheit gefährdende Mißhandlung wegfallen müsse. [62])

Der Strafstuhl (Zwangstuhl) war im Entwurfe des Gesetzes nicht aufgeführt, sondern fand erst später auf Vorschlag der Regierung, nicht ohne mehrseitigen Widerstreit [63]), zunächst in der ersten und dann auch in der zweiten Kammer Aufnahme. Es besteht dieser Stuhl, welcher in der Irrenanstalt Pforzheim als ein vorzügliches Mittel gegen Widerspenstige erprobt worden war [64]), in einer Maschine, worauf der Sträfling so befestigt wird, daß er keines seiner Glieder bewegen kann, und zwar keinen körperlichen Schmerz noch eine eigentliche Mißhandlung, aber doch nach und nach eine große Unbehaglichkeit empfindet, die von außerordentlicher Wirkung sein soll. [65])

---

[61]) Die im Jahr 1851 vom großh. Hofgericht des Seekreises aufgestellte und beim großh. Justizministerium den andern Hofgerichten mitgetheilte Tabelle über die je nach der Strafdauer zulässigen Schärfungen (siehe Annalen, Jahrg. XVIII. S. 272) ist nach dieser Ansicht berechnet.

[62]) Vergl. Verhandlungen der Stände vom Jahr 1840, Protokoll der zweiten Kammer. 5. Protokoll-Heft S. 189.

[63]) Die Commission der ersten Kammer erklärte sich in ihrer Mehrheit dagegen. Vergl. Commissionsbericht zu §. 63 des G.

[64]) Auch in einer städtischen Pflege- und Arbeitsanstalt zu Pforzheim war der Zwangstuhl in Gebrauch gekommen, das großh. Oberamt ordnete jedoch die Abstellung dieses damals ungesetzlichen Züchtigungsmittels an.

[65]) Vergl. den in Note 63 angeführten Commissionsbericht.

Die Nichtanwendbarkeit der in §. 58—61 festgesetzten Beschränkungen in Bezug auf Wiederholung des Schärfungsmittels erscheint für die Disciplinarstrafen aus einleuchtenden Gründen gerechtfertigt, hinsichtlich der Hungerkost und des Dunkelarrestes hält man aber im Interesse der Humanität wenigstens einige Beschränkung für nothwendig. *)

Eduard Brauer.

II.

Eidesverweigerung.

1) Gegen das Erkenntniß, wodurch der Antrag, einen Eid für verweigert zu erklären, ausdrücklich oder stillschweigend verworfen wurde, ist Appellation zulässig, welche nach Erlassung des Enderkenntnisses noch geltend gemacht werden kann.
2) Die Erklärung einer Partei, daß sie den ihr auferlegten und den Streit entscheidenden Eid nicht ausschwören könne oder wolle, ist in ihren Wirkungen nichts anderes als ein Verzicht auf den Rechtsstreit.
3) Die Partei, welche eine derartige Erklärung abgibt, muß von dem Bewußtsein und der Absicht begleitet sein, durch die Eidesverweigerung den gesetzlichen Folgen derselben sich zu unterwerfen.

Hasenstaß gegen Hußler.

Ein unterrichterliches Urtheil vom 23. Mai 1856 spricht aus: Kläger hat folgenden Eid zu leisten: „Es ist nicht wahr, daß ich die Beklagten ausdrücklich von der Schuld der eingeklagten Darleihe freigelassen habe."

Nachdem dieses Urtheil in Rechtskraft übergegangen war, erklärte sich der Kläger unterm 6. September 1856 zur Ausschwörung obigen Eides bereit, und bat um Anberaumung einer Tagfahrt dazu.

In dieser Tagfahrt vom 25. September 1856 erklärte aber der Kläger auf die Frage: ob er den ihm durch Urtheil vom 23. Mai auferlegten Eid zu leisten bereit sei? wörtlich Folgendes:

„Ich beschwöre nur, daß ich die 5600 fl. an die Mitglieder der Gesellschaft Hogg zu fordern habe, wie es in meiner Urkunde steht. Einen andern Eid schwöre ich nicht."

Darüber belehrt, daß der ihm auferlegte Eid sich nicht darauf beziehe, ob er Darlehen im Betrag von 5600 fl. gegeben habe, sondern darauf, ob er die Beklagten ausdrücklich von der Mitschuld der eingeklagten Darleihe freigelassen habe — erklärte der Kläger weiter:

„Ich fordere mein Darlehen an alle Mitglieder der Gesellschaft und lasse keinen frei."

Die anwesenden Beklagten baten sofort um Erlassung des Purificationserkenntnisses. Allein statt hierauf einzugehen, forderte der Unterrichter den Kläger wiederholt zur bestimmten Erklärung auf, ob er den ihm auferlegten Eid schwören wolle oder nicht? worauf derselbe erklärte:

„Ich schwöre eben keinen andern Eid, als daß ich mein Darlehen an die Unterzeichner der Schuldurkunde zu fordern habe."

Hierauf wurde, da der Unterrichter in den vorstehenden Erklärungen eine Eidesverweigerung nicht finden konnte, nochmalige Tagfahrt auf den 23. Oktober 1856 angeordnet und der Kläger zur Leistung des urtheilsmäßigen Eides bei Vermeidung, daß solcher sonst für verweigert angesehen werde, zu dieser Tagfahrt vorgeladen.

Schon in einer schriftlichen Eingabe vom 1. Oktober 1856 trug Kläger dem Amte vor: er habe nun wohl überlegt, daß er den vorgeschriebenen Eid ganz gut ablegen könne, da derselbe nur so viel sage, daß ihn der Beklagte nicht bezahlt, und daß er deßhalb solchen auch nicht losgelassen habe.

In der Tagfahrt selbst legte dann der Kläger den urtheilsmäßigen Eid ab, worauf sofort das entsprechende Purificationserkenntniß erlassen wurde.

Die Hußlerschen Erben ergriffen die Berufung und beschwerten sich, daß der Kläger durch Amtsbeschluß vom 25. September nochmals zur Eidesleistung vorgeladen, daß ihm sodann der Eid abgenommen und durch das Purificationserkenntniß vom 23. Oktober, wie geschehen, erkannt wurde, anstatt daß der dem Kläger durch Urtheil vom 23. Mai auferlegte Eid für verweigert erklärt und

*) Vgl. Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 62—64 des E. Nach §. 64 des Regierungsentwurfs sollte nur dann, wenn ein Strafgefangener bereits allen zulässigen Schärfungen unterworfen wurde, im Fall eines neuen Vergehens die Anwendung der Schärfung mit kürzeren als den sonst zulässigen Zwischenräumen Statt finden.

Digitized by Google

er mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen worden wäre.

Am 20. Februar d. J. erfolgte hierauf das hofgerichtliche Urtheil, wodurch das amtliche Erkenntniß vom 23. Mai 1856 dahin für unbedingt erklärt ward, daß der Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abgewiesen werde.

Dieser Entscheidung liegt die Ansicht zum Grunde, daß in dem oben dargestellten Verhalten des Klägers keine Versäumung der ihm urtheilsmäßig auferlegten Eidesleistung, welche die Anwendung des §. 608 der Pr.O. rechtfertigte, zu finden, sondern daß durch die wiederholt abgegebene Erklärung, keinen andern Eid zu leisten, als in den oben angeführten Formeln, der urtheilsmäßige Eid verweigert worden sei.

Auf die hiergegen und gegen die Zulassung der Appellation vom Kläger eingewandte Oberberufung erkannte der höchste Gerichtshof am 6. Oktober l. J. abändernd zu Recht: es sei das Urtheil des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 20. Februar 1857 aufzuheben und das Purificationserkenntniß des großh. Bezirksamtes Donaueschingen vom 23. Oktober v. J. wiederherzustellen ꝛc.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Oberappellant beschwert sich zunächst darüber, daß das Hofgericht die Berufung gegen das amtliche Purificationserkenntniß zugelassen habe.

Diese Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Die Beklagten haben in der ersten zur Eidesleistung anberaumten Tagfahrt auf den Grund der Erklärung des Klägers den Antrag gestellt, den Eid für verweigert zu erklären und vorausgesetzt, daß eine Eidesverweigerung wirklich vorlag, hatten sie das prozessualische Recht, zu verlangen, daß sofort die Folgen der Eidesverweigerung ausgesprochen werden. Diesen Antrag hat der Unterrichter zwar nicht ausdrücklich, wie eigentlich geschehen sollte, wohl aber stillschweigend dadurch verworfen, daß anderweite Tagfahrt zur Eidesleistung anberaumt und in derselben der Eid abgenommen wurde. Daß nun aber die Verwerfung eines solchen Antrags das Recht der Berufung begründet, unterliegt so wenig einem Zweifel, als die Befugniß, die Beschwerde gegen ein solches Zwischenerkenntniß nach Erlassung des sich darauf stützenden Enderkenntnisses geltend zu machen.

Die zweite Beschwerde, dahin gehend, daß das Hofgericht den urtheilsmäßigen Eid für verweigert erklärt hat, muß dagegen als begründet erachtet werden. Das Verhalten, beziehungsweise die Erklärung des Klägers in der ersten Eidestagfahrt kann nur entweder als prozessualischer Ungehorsam oder als eine ausdrückliche Entsagung auf den Rechtsstreit aufgefaßt werden, denn die Erklärung einer Partei, daß sie den ihr auferlegten und den Streit entscheidenden Eid nicht ausschwören könne oder wolle, ist in ihren Wirkungen nichts anderes als ein Verzicht auf den Rechtsstreit.

Wird der Kläger als ungehorsam betrachtet, so war das Verfahren des Unterrichters den Vorschriften der P.O. vollkommen gemäß und es mußte nur dann die Anordnung einer zweiten Eidestagfahrt unterbleiben, wenn die Erklärung des Klägers als eine Entsagung angesehen werden könnte. Der Unterrichter, welcher diese Verhandlung leitete und die Erklärung des Klägers zu Protokoll nahm, hat aber mit Recht angenommen, daß die Erfordernisse eines derartigen Verzichts in jener Erklärung nicht zu finden seien. Derselbe muß nämlich, um als eine freiwillige Entsagung zu erscheinen, von dem Bewußtsein und der Absicht begleitet sein, sich durch die Eidesverweigerung den gesetzlichen Folgen derselben zu unterwerfen. Der Kläger hat nun allerdings erklärt, daß er den Eid nicht so, wie er auferlegt sei, sondern nur in anderer Weise leisten werde und dieses war zweifellos dem rechtskräftigen Urtheil gegenüber ein völlig unstatthaftes Vorbringen. Derselbe mag jedoch von der irrigen Meinung ausgegangen sein, daß die Eidesformel annoch geändert werden könne und in dieser Voraussetzung einen andern Eid angeboten haben, wogegen die Absicht, im Falle der Verwerfung des angebotenen Eides den Rechtsstreit aufzugeben, keineswegs deutlich aus seiner Erklärung hervorleuchtet.

Nach Lage der Sache war es daher am Platze, den Antrag auf Abänderung der Eidesformel als unstatthaft zu verwerfen und die Partei wiederholt aufzufordern, den Eid bei Folge der Eidesverweigerung auszuschwören. §. 634 der Pr.O.

Diesem gemäß hat auch der Unterrichter durch sein weiteres Verfahren im Wesentlichen gehandelt und nachdem der Kläger hierauf den Eid geleistet und seine frühere Erklärung zurückgenommen hat, so durfte der Eid nicht als verweigert angesehen werden.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

Digitized by Google

III.

Baupflicht.

1) Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, über die Erweiterung des Schulunterrichts und der hiezu erforderlichen Baulichkeiten zu entscheiden.

2) Auf die unterm 23. Juli 1821 (Reg.-Bl No. XVI.) landesherrlich genehmigte Unionsakte kann kein privatrechtlicher Anspruch gebaut werden.

Heidelberg gegen Fiscus.

Zwischen der politischen Gemeinde Heidelberg und dem evangelischen Oberkirchenrath, als Vertreter des unterländer, vormals reformirten Kirchenfonds, ist Streit darüber entstanden: Inwieweit dem genannten Fond für jetzt und alle Zukunft bezüglich der evangelischen Schulhäuser, d. h. Lehrsäle und Lehrerwohnungen in Heidelberg, die Bau- und Unterhaltungspflicht obliegt und zwar mit Berücksichtigung eines erweiterten, d. h. vor- und nachmittägigen Unterrichts für jede Schulklasse?

Die Baupflicht des Fonds an und für sich ist nicht bestritten, sondern nur deren Umfang.

Wegen Dringenheit der Sache vereinigten sich die Parteien, den Streit nach Anleitung des §. 30 der P.O. sogleich vor das großh. Oberhofgericht zu bringen, welches bei dem bedeutenden Werth des Objects die Annahme nicht verweigern konnte.

Auf gepflogene Verhandlung erkannte das großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 19. September l. J. zu Recht: Klägerin sei mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten abzuweisen.

Entscheidungsgründe.

In dem vorliegenden Rechtsstreite, welcher nach Uebereinkunft der Parteien von dem obersten Gerichtshof in erster und letzter Instanz entschieden werden soll, nimmt die Stadt Heidelberg die unbedingte und solidarische Baupflicht des Beklagten zu den dortigen Schulhäusern und Lehrerwohnungen in Anspruch.

Der Beklagte hat im §. 1 seiner Vernehmlassung erklärt, daß er die Baupflicht im Allgemeinen und in dem Umfange, wie er solche früher geleistet, nicht in Abrede ziehe, daß vielmehr sein Widerspruch den Zumuthungen der Klägerin nur in so weit gelte, als dieselben dieses Maas überschreiten und die Baupflicht in dem Umfang anerkannt werden soll, wie ihn die Stadt Heidelberg in Anspruch genommen.

Da hiernach die Baupflicht an sich nicht bestritten ist, so kann solche im Allgemeinen auch nicht Gegenstand eines gerichtlichen Urtheils sein.

Was dagegen den eigentlichen Streitpunkt, nämlich den Umfang der Verbindlichkeit betrifft, so hat derselbe zwei verschiedene Richtungen. Es wird nämlich:

1) darüber gestritten, wie groß das Bedürfniß und die Nothwendigkeit der Ausdehnung des Schulunterrichts und wie groß folgeweise das Bedürfniß an Schulhäusern und Lehrerwohnungen sei; sodann

2) darüber, ob beklagter Fond, welcher vor der Union nur die reformirten Schulgebäulichkeiten zu stellen und zu unterhalten hatte, in Folge der Union für die Schulgebäulichkeiten überhaupt und ohne Unterschied baupflichtig geworden sei? Es ist jedoch

Zu 1) von selbst klar, daß es nicht die Aufgabe der Gerichte sein kann, die Gränzen der Nothwendigkeit oder des Bedürfnisses der Ausdehnung des Schulunterrichts und ferner die Gränzen des Bedürfnisses von Schulgebäulichkeiten festzustellen, vielmehr ist die Frage: ob und was nach den obwaltenden Verhältnissen gebaut werden muß, auf anderem Wege zu entscheiden. Wenn ferner

Zu 2) aus dem Unionsakte ein wohlerworbenes Recht auf Leistung der unbedingten und vollständigen Baupflicht des Beklagten abgeleitet werden will, so steht der gerichtlichen Verfolgung eines solchen Anspruchs entgegen, daß die Union überall kein privatrechtlicher Akt und keine nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurtheilende Succession ist und überhaupt auf Privatrechte oder Verbindlichkeiten nicht einwirken konnte und wollte, weßhalb auch ein privatrechtlicher Anspruch darauf nicht gebaut werden kann. —

Es erscheinen daher die vor Gericht gebrachten Ansprüche der Stadt Heidelberg hier als verwerflich und es mußte deßhalb die erhobene Klage abgewiesen werden.

D. R.

IV.

Ist zum Beweise einer Simulation die Eideszuschiebung gegen eine vollbeweisende Urkunde zulässig?

1. Lewis gegen Vögtli.

Ein auf Zahlung belangter Bürge hielt dem klagenden Gläubiger einen Notariatsakt vom 14. Februar 1852

entgegen, nach dessen Inhalt der Rest jener Summe, für welche Beklagter gutgesprochen habe, bezahlt wäre. Der Kläger wollte aber diese — ohne seine Mitwirkung — entstandene Urkunde nicht gegen sich gelten lassen, weil sie nur zum Schein errichtet worden und ihr Inhalt der Wahrheit nicht gemäß sei.

Den Beweis der Simulation suchte Kläger durch Zeugen, Vermuthungen und Eideszuschiebung zu führen. Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch die beiden ersten Beweismittel und erkannte auf den Eid, über dessen Zulässigkeit die Meinungen getheilt waren.

Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. September 1856 lauten in diesem Punkte, wie folgt:

„Für dessen Zulässigkeit spricht schon die Thatsache, daß nichts im Wege stand, die gedachte Urkunde gleich von Anfang durch einen entgegenstehenden schriftlichen Revers unwirksam zu machen und dadurch zugleich für den Beweis ihres Scheininhaltes zu sorgen. Die Eideszuschiebung ist aber auch deßhalb zulässig, weil sie nicht das Dasein der Urkunde selbst mit ihrem formellen Inhalte in Frage stellt, sondern ein selbstständiges Geding der Vertragspersonen zum Gegenstande hat, kraft dessen jener formelle Inhalt nicht ernstlich gemeint, mithin für das Rechtsverhältniß selbst nicht maßgebend sein sollte." —

2. Lüttner gegen Baumgärtner.

Unter dieser Rubrik wollte die beklagte Partei die Einrede der Simulation gegen eine anerkannte Urkunde durch Eideszuschiebung beweisen, welche aber von der Majorität für unzulässig erachtet wurde.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zu dem Urtheile vom 13. October 1857 sprechen sich hierüber folgendermaßen aus:

„Für die dem Schuldschein vom 16. Juli 1844 entgegengesetzte Beweis-Einrede der Simulation hat die Beklagte den ihr sofort obgelegenen Beweis nur durch Eideszuschiebung angetreten. Das Rechtsgeschäft, dessen Simulation sie behauptet, ist aber, da sie Mitschuldnerin aus demselben wurde und die angefochtene Schuldurkunde mitunterschrieb, ihre eigene Sache in dem Sinne geworden, daß sie nicht als dritte Person hier erscheint und mithin, weil sie in der Lage war, sich einen Gegenschein zu verschaffen, nach Satz 1360a des L.R. von der Eideszuschiebung keinen Gebrauch machen kann." —

Zwischen beiden Fällen macht sich der Unterschied bemerklich, daß der Eid im Ersten dem einen Contrahenten von einem Dritten und im Zweiten dem einen Contrahenten von dem andern zugeschoben war.

D. R.

V.

Es ist erlaubt, das Honorar des Vertheidigers nach den Ansätzen der Taxordnung von 1803 zu bedingen und gerichtliche Decretur darüber einzuholen.

Ein Vertheidiger hatte sich die urkundliche Zusage machen lassen, daß er nach der Taxordnung von 1803 honorirt werde. Als er aber die Zahlung der Defervitien von seinem Clienten begehrte, bestand dieser auf der gerichtlichen Decretur, welche dem dieselbe nachsuchenden Anwalte von dem betr. Hofgericht verweigert wurde, theils weil ein Vertrag über das Honorar keiner Decretur bedürfe, theils weil die vorgelegte Uebereinkunft die Größe des Honorars unbestimmt lasse und auf die Taxordnung von 1803 verweise, welche aufgehoben, sohin nicht mehr anwendbar sei.

Die von dem Anwalte hiergegen an das großh. Oberhofgericht erhobene Beschwerde ward durch Beschluß vom 2. Oktober l. J. nach Ansicht des §. 1 der Verordnung vom 17. März 1851 (Reg. Bl. No. XXII S. 229) und in Betracht, daß eben deßhalb, weil die Größe des Honorars für den Vertheidiger durch Uebereinkunft bestimmt werden kann, den Parteien erlaubt sein muß, hiefür die Taxordnung von 1803 als Maßstab zu wählen und die Ansätze der gerichtlichen Controle zu unterbreiten — für begründet erkannt und das großh. Hofgericht beauftragt, die beantragte Kostendecretur zu ertheilen.

Es kann noch hinzugefügt werden, daß der oberste Gerichtshof in ähnlichen Fällen nie Anstand genommen hat, die Prüfung der Defervitorien nach der Taxordnung von 1803 eintreten zu lassen.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmeltzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 37.**

I.

Zur Auslegung der §§. 922 und 23 der Prozeß-Ordnung.

Die in der Aufschrift genannten Prozeßordnungs-Paragraphen, so einfach und klar auch ihre Bestimmungen scheinen, erleiden gleichwohl in der Praxis eine sehr verschiedene Rechtsanwendung. Wenn aber irgend wo, so sollte in dem Vollstreckungsverfahren Sicherheit und Rechtsgleichheit erzielt werden. Und dennoch finden gerade diese wesentlichsten, und am häufigsten zur Anwendung kommenden Paragraphen *meistens* eine *unrichtige* Auslegung.

Abgesehen nämlich von der in den Annalen 1856 Seite 76 flgde. klar erörterten, und entschieden richtigen Ansicht, daß die Fristerneuerung des §. 923 kein sogenannter unbedingter Befehl, sondern nichts als eine Mahnfrist im Vollstreckungsverfahren ist, und darauf nur die Einreden des §. 924 und 930 der Pr.Ord. anwendbar sind, welche Ansicht gleichwohl nicht immer befolgt wird, so entsteht eine weitere, in Annalen 1852 S. 195 flgde. auch schon behandelte, und von großh. Oberhofgerichte entschiedene Streitfrage, ob die §§. 922 und 923 (956. 57 der alten) Pr.Ord. mit einander zu verbinden seien, und folgeweise, ob nach Ablauf von 3 Jahren nach *erkannter* Vollstreckung die *Urtheilsfrist* erneuert werden muß? Trotz der erwähnten gewiß richtig verneinenden Entscheidung ist mir nur ein Amtsgericht bekannt, bei welchem in *einem* Respiciate diese Ansicht Geltung hat, während im andern Respiciate desselben Amtsgerichts und in vielen mir bekannt gewordenen Fällen bei anderen Amtsgerichten gleichwohl die bejahende Ansicht immer zur Anwendung kommt, und sogar so sehr vorherrscht, daß nicht nur von rechtsunkundigen Gläubigern, sondern sogar von Anwälten in solchen Fällen nur die Erneuerung der *Urtheilsfrist* oft *begehrt* wird.

Es dürfte daher nicht überflüssig sein, die Unrichtigkeit dieses Verfahrens darzuthun.

Nach der einfachen Ansicht dieser Paragraphen behandelt der §. 922 die Erlöschung einer Vollstreckungsverfügung, der §. 923 dagegen die einer Urtheilsfrist, ohne daß Einer auf den Andern hinweist, oder in irgend einer sprachlichen Verbindung zum Andern gesetzt ist. Es liegt also schon dem Wortlaute und der unbefangenen Auffassung nach kein Anlaß vor, den einen auf den andern herüber zu ziehen.

Noch weniger ist dies in der neuen als in der alten Pr.O. der Fall, denn während nach dem § 956 der letztern eine Vollstreckung stillschweigend durch Nichtbetreibung erlosch, kann sie nach dem §. 922 der neuen Pr.O. auf diese Weise niemals, nicht in 30 Jahren, erlöschen, so lange kein Einhalt bewilligt ist. Wenn also eine Vollstreckung, was trotz der vorgeschriebenen amtsrichterlichen Ueberwachung vorkommen kann, ohne Einhalt 3 Jahre lang unbeendigt bleibt, so ist sie immer noch nicht erloschen, und es *kann* daher nicht einmal der §. 922, geschweige der §. 923 der Pr.O. Anwendung finden. Es kann also jetzt wenigstens auf den Ablauf der gleichen Frist des §. 923 kein Gewicht gelegt werden.

Dieses ist gerade der häufigste Fall der unrichtigen Anwendung, wenn z. B. wegen Mangels an Vollstreckungsmitteln die Vollstreckung unvollendet blieb, und nach mehreren Jahren auf Fortsetzung angetragen wird. Hier bedarf es nach dieser Ausführung bei der *gleichen* Vollstreckungs*art* nicht einmal einer neuen Verfügung derselben, sondern nur einer Erinnerung der Vollstreckungs*beamten* zur Vornahme; eine *andere* Vollstreckungs*art* muß daher schon der Folgerichtigkeit wegen auch auf Begehren sofort verfügt werden.

Digitized by Google

In dem andern Falle dagegen, wenn wirklich Einhaltung bewilligt war, und nun nach Ablauf der einjährigen Frist die Vollstreckungsverfügung wirklich erloschen ist, könnte man sagen, es läge jetzt der gleiche Fall vor, wie wenn keine Vollstreckung noch ergangen wäre, und es müsse daher jetzt der §. 923 der Pr.O. zur Anwendung kommen. Allein gerade gegen diese Folgerung scheint mir die Fassung dieses Paragraphen zu sprechen.

Nach Ablauf von 3 Jahren von dem Zeitpunkte, wo die (wohl besser „eine") Vollstreckung hätte begehrt werden können (aber nicht begehrt worden ist!) darf auf die bloße Vorlage des Urtheils keine Vollstreckungsverfügung erlassen werden (nicht aber auch, die schon erlassene nicht wiederholt in Vollzug gesetzt werden!). Die hervorgehobenen Worte schließen geradezu diese Folgerung aus, insbesondere wäre das gewiß nicht absichtslose Wort „bloße" ganz bedeutungslos bei der entgegenstehenden Ansicht.

Bekanntlich darf dem Gesetzgeber Nichts bedeutungsloses oder eine dem klaren Wortlaute widersprechende Verfügung zugemuthet werden. Vrgl. L.R.S. 6a arg. 1156a.

Man könnte sich aber ferner für die bejahende Ansicht auf die Motive zu diesen Gesetzesbestimmungen beziehen, indem dieselben — vrgl. Commissionsbericht des Abgeordneten Rettig im 1. Beilagenheft zum Archive für Rechtspflege und Gesetzgebung de 1832 und von Weilers Motiven de 1831. S. 84. — nicht nur diese beiden Paragraphen (957 und 58) zusammenfassen, sondern auch der Gesetzesgrund — Nichtüberaschung des Schuldners auf beide Fälle passen würde. Dieses Motiv des Gesetzgebers ist nun zwar sehr human, allein bei der von mir bekämpften Auslegung des Gesetzes würde dessen Werth sehr zweifelhaft, und mit dem allgemeinen Grundsatze des Vollstreckungsverfahens — Wahrung der Rechte des Gläubigers — in entschiedenem Widerspruch stehen. Schon aus diesem Grunde müßte selbst diese Auslegung, wenn sie in dem Motive eine Stütze fände, vom Richter verworfen werden. Allein es scheint mir auch diese Stütze nicht begründet, sondern im Gegentheil für die entgegen stehende Ansicht zu sprechen. Allerdings soll der Schuldner, der durch Handlung oder Unterlassung des Gläubigers veranlaßt worden ist, auf Nachsicht in der Betreibung zu hoffen, und deßhalb die Zahlung unterlassen zu dürfen glaubte, nicht plötzlich durch eine seinen Credit, und seine häuslichen Verhältnisse störende Vollstreckung überrascht werden; dieß und nichts Anderes sagen die Motive.

Dieser Grund trifft aber doch nicht mehr zu, wenn der Gläubiger seinen Willen, die Zahlung zu erhalten, durch die begehrte Vollstreckung zu erkennen gegeben hat; so lange ein Urtheil blos erwirkt ist, kann der Gläubiger andere Zwecke, z. B. Richtigstellung der Forderung gegen künftige Einwendungen oder Sicherung durch richterliches Unterpfand verfolgt haben. Wenn aber Vollstreckung begehrt war, so muß der Schuldner jeden Augenblick sich erinnern, daß er die Zahlung zu leisten hat, einerlei, ob auf seine Bitten bestimmter oder unbestimmter Einhalt bewilligt wurde, oder aus Mangel an Mitteln die Vollstreckung erfolglos blieb, und in diesem Falle den Schuldner vor Ueberraschung schützen, und ihm Gelegenheit zur Beiseitigung der Vollstreckungsmittel geben, will weder der Gesetzgeber, noch wäre ein solches Wollen vernünftig.

Nach dieser Ausführung scheint mir nur die getrennte Behandlung beider Paragraphen sowohl im Sinne als im Geiste des Gesetzes zu liegen.

Die Rechtsgleichheit würde eine offizielle Bestätigung oder Widerlegung dieser Ansicht wünschenswerth erscheinen lassen.

L.

II.

Scheingeschäft.*)

1) Einsprache gegen eine Fahrnißpfändung.
2) Argliststrafe beim Gebrauch von Scheinverträgen.

§. 275 Pr.O.

In Sachen Crispin Wehrle gegen Hofzahlmeister J. N. Fischer, Forderung betr., wurde gegen die vorgenommene Fahrnißpfändung von Joseph Hogg Einsprache erhoben und dieselbe auf einen Kaufvertrag vom 22. August 1855 gestützt, wodurch Fischer sämmtliche Fahrnisse an Hogg veräußert hatte. Diesem Vertrag setzte Wehrle die Einrede der Simulation und Gefährde entgegen. Der Unterrichter erkannte auf Leistung des dem Einsprachskläger über diese Einrede zugeschobenen Eides. Das Hofgericht des Seekreises änderte das unterrichter-

*) Vrgl. Annalen I. J. No. 36 S. 287. IV. D. R.

liche Erkenntniß dahin ab, daß der Einsprachskläger mit der erhobenen Einsprache abgewiesen und zugleich in eine Argliststrafe von 15 fl. verfällt werde.

In den Motiven ist gesagt:

Insoweit der Einsprachsbeklagte seine Beschwerde darein setzt, daß der Kaufvertrag, auf welchen die Einsprache sich gründet, nicht unbedingt als Scheinvertrag betrachtet, und daß demgemäß die Einsprache nicht unbedingt verworfen, vielmehr auf den dem Einsprachskläger über die Simulation und Gefährde zugeschobenen Haupteid erkannt wurde, ist seine Beschwerde wohl begründet, weil sich schon aus dem Inhalte der vorgelegten Urkunden und aus den gepflogenen Verhandlungen unzweifelhaft ergibt, daß der fragliche Kaufvertrag nur zum Scheine als solcher abgeschlossen wurde.

Der Einsprachskläger hat als richtig zugegeben, daß Hofzahlmeister Fischer zur Zeit des Vertragsabschlusses wegen Unterschlagung zum Nachtheile der Standesherrschaft Fürstenberg in Untersuchung stand, daß er gezwungen war, einen großen Theil seines Vermögens der Beschädigten abzutreten, daß er befürchtete, daß auch die Fahrnisse gepfändet werden könnten, und daß er deßhalb den Kaufvertrag mit dem Einsprachskläger abgeschlossen habe, wobei der Kaufschilling zur Befriedigung eines betreibenden Gläubigers bestimmt und zu diesem Zwecke bei dem Bürgermeisteramte hinterlegt worden sei.

Durch diesen Kaufvertrag hat Hofzahlmeister Fischer ausweislich des Verzeichnisses der einzeln verkauften Fahrnisse in Verbindung mit der beim Vollzug der gegen ihn erkannten Vermögensabsonderung erfolgten Vermögensaufnahme, mit Ausnahme seiner Kleider, derjenigen seiner Frau, zweier Betten mit Zugehör, einer Anzahl Bücher und zweier einzigen, drinnabe werthlosen Stücke gemeinen Hausrathes, alle übrigen Fahrnisse und zwar selbst solche, deren er zum täglichen Gebrauche bedurfte, an den Einsprachskläger verkauft.

Der Käufer nahm aber die Fahrnisse nicht zu Handen, sondern überließ dieselben durch denselben Vertrag ohne alle Ausnahme dem Verkäufer vorläufig auf zwei Jahre zur Benützung gegen einen Miethzins, welcher geradezu 5 pCt. des bedungenen Kaufpreises betrug, und doch befanden sich unter den Fahrnissen eines Theils solche, welche durch den Gebrauch abgenützt werden, und bezüglich welcher es daher unglaubwürdig ist, daß sie um einen Zins vermiethet wurden, welcher nur 5 pCt. des Kaufpreises beträgt, anderntheils aber auch solche, welche, wie z. B. der Vorrath an Leinwand, von den Fischerschen Eheleuten miethweise gar nicht benützt und nach der eigenen Angabe des Einsprachklägers denselben deßhalb im Besitze belassen wurden, weil der Käufer nicht einen Theil der erkauften Fahrnisse allein nach Löffingen transportiren lassen mochte, und bezüglich welcher daher unglaubwürdig ist, daß der Verkäufer gleichwohl auch bezüglich dieser Fahrnisse die Verbindlichkeiten und Haftbarkeit des Miethers übernommen habe; und zu allem Ueberflusse hat der Einsprachskläger selbst, um diese Unglaubwürdigkeiten erklärlich zu machen, angegeben, daß Hofzahlmeister Fischer die Hoffnung gehabt, den Prozeß mit der Standesherrschaft zu gewinnen, in welchem Falle er demselben die Fahrnisse wieder käuflich abgetreten haben würde.

Aus diesen Verhältnissen ergibt sich nun als unzweifelhaft, daß das Rechtsgeschäft, welches am 22. August 1855 als ein zwischen dem Einsprachskläger und Hofzahlmeister Fischer abgeschlossener Kaufvertrag beurkundet wurde, wenn auch nicht seinem ganzen Inhalte und Umfange nach völlig erdichtet, doch jedenfalls nach der wirklichen Absicht der Contrahenten kein Kaufvertrag, d. h. nicht in der Absicht abgeschlossen war, um in Wirklichkeit das Eigenthum der Fahrnisse zu veräußern und zu erwerben, daß vielmehr, wenn auch die beurkundete Zahlung von 1120 fl. und die behauptete Verwendung dieser Summe zur Befriedigung von Gläubigern erfolgt ist, das abgeschlossene Rechtsgeschäft nur ein Faustpfandvertrag oder ein ähnliches Rechtsgeschäft sein sollte, welches zur Umgehung der deßfallsigen gesetzlichen Bestimmungen und Folgen in die Form eines Kaufvertrages eingekleidet wurde, um gegenüber von betreibenden Gläubigern Eigenthumsrechte an den Fahrnissen geltend zu machen und dadurch die Fahrnisse dem Zugriffe der Gläubiger entziehen zu können.

Wenn aber das in Wirklichkeit abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht geeignet ist, eine Einsprache gegen die Pfändung der Fahrnisse zu begründen, so ist dieselbe einfach zu verwerfen, ohne daß es noch einer Umstoßung des Rechtsgeschäftes selbst bedarf, wie der Appellant weiter begehrt hat, und mußte deßhalb, wie oben geschehen, erkannt, auch nach §. 275 der Pr.O. gegen den Einsprachskläger, weil er seine Einsprache auf einen Scheinvertrag gegründet hat, eine Geldstrafe erkannt werden.

Vom großh. Oberhofgericht wurde dieser Bescheid durch Urtheil vom 30. September d. J. mit der Modifikation

Digitized by Google

bestätigt, daß der Zusatz, welcher den Einsprachskläger in eine Argliststrafe von 15 fl. verfällt, aufzuheben sei.

Entscheidungsgründe.

In der Hauptsache ist das hofgerichtliche Urtheil durch die ihm beigefügten Entscheidungsgründe, auf welche sich hiemit bezogen wird, gerechtfertigt, indem der, dem Einsprachskläger obliegende und hier allein entscheidende Beweis, daß er das Eigenthum der betreffenden Fahrnisse erworben, durch die von ihm vorgelegte Urkunde nicht als erbracht angesehen werden kann.

Da übrigens, wie auch das großh. Hofgericht angenommen hat, der in Frage liegende Fahrnißkauf nicht geradezu als ein erdichtetes, sondern nur als ein verschleiertes Rechtsgeschäft betrachtet werden kann, so erachtete man die Argliststrafe des §. 275 der Pr.O. hier nicht anwendbar, weßhalb in diesem Punkte das hofgerichtliche Urtheil zu modificiren war.

Hgr.

III.

Unzucht mit Kindern.

1) Nur zur gerichtlichen Verfolgung von Amtsvergehen öffentlicher Diener ist die Genehmigung der vorgesetzten Dienststelle oder der höchsten Staatsbehörde erforderlich.
2) Gegen den Ausspruch der Anklagekammer, daß eine Sache vom Hofgerichte zu erledigen sei, steht sowohl dem Staatsanwalt als dem Angeschuldigten das Rechtsmittel der Beschwerde dahin zu, daß die Sache an das Schwurgericht zu verweisen gewesen wäre.
3) Dagegen findet dieses Rechtsmittel gegen die Verweisung der Aburtheilung vor das Schwurgericht nicht statt.
4) Vorbereitungshandlungen unterliegen der Beurtheilung desjenigen Richters, welchem die Bestrafung des durch sie vorbereiteten Verbrechens zusteht.

Gegen das Verweisungserkenntniß der Anklagekammer, wodurch verbrecherische Handlungen der in den §§. 336 und 360 des St.G.B. bezeichneten Art, an dem nämlichen Mädchen verübt, theils an das Hofgericht, theils an das Schwurgericht zur Aburtheilung verwiesen worden sind, hat der Angeklagte 3 Beschwerden erhoben und gebeten: das Verweisungserkenntniß als nichtig aufzuheben, eventuell den ganzen Vorwurf der Untersuchung entweder an das Hofgericht oder an das Schwurgericht zu verweisen.

Die großh. Staatsbehörde suchte die erste Beschwerde als unbegründet, die zweite hingegen als unstatthaft darzustellen und erklärte hinsichtlich der dritten, im Einverständniß mit dem Beschwerdeführer, die Verweisung der einzelnen, demselben strafbaren Willen entsprungenen und auf denselben Gegenstand gerichteten Handlungen des Angeschuldigten vor das Forum zweier verschiedener Gerichte als eine Inconvenienz, zu deren Beseitigung jedoch das Gesetz in gegenwärtigem Stadium des Prozesses kein Mittel zu bieten scheine.

Das hierauf unterm 13. November d. J. von dem großh. Oberhofgericht gegebene Erkenntniß lautet:

„In Erwägung, daß das Verbrechen, dessen der Beschwerdeführer beschuldigt ist, von demselben nicht bei Ausübung seines Dienstes, sondern bei Ertheilung von Privatunterricht verübt wurde, demnach von einem Amtsverbrechen (§. 703 des Strafgesetzbuchs) und der Nothwendigkeit der Einhaltung der Vorschrift des §. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Rede nicht sein kann;

in Erwägung, daß wenn auch die Anschuldigung nicht den Thatbestand des §. 336 No. 2, sondern nur den des §. 360 Str.G.B. enthielte, die Beschwerde gegen die Verweisung der Aburtheilung vor das Schwurgericht demungeachtet als unstatthaft erscheinen würde, da immerhin eine von dem Gesetze mit Strafe bedrohte That und keiner der übrigen Fälle des §. 82 Abs. 3 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vorliegt;

in Erwägung, daß die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten unzüchtigen Handlungen zwar ein eigenes, nach §. 360 des Str.G.B. zu bestrafendes Verbrechen darstellen, das für sich betrachtet, zufolge §. 34 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 der Gerichtsbarkeit des großh. Hofgerichtes anheimfallen würde; daß dieselben jedoch unter den vorliegenden Umständen, nachdem der Erfolg gezeigt hat, daß sie nur Vorbereitungshandlungen für das Verbrechen der versuchten, beziehungsweise vollendeten Unzucht waren, ein von diesem sowohl hinsichtlich der Verhandlung als der Beurtheilung unzertrennliches Ganze bilden,

Digitized by Google

über welches eben deßhalb nothwendig von einem und demselben Gerichte, unter dem zweifachen Gesichtspunkte des §. 336 No. 2 und §. 360 des Str.G.B. mit Rücksicht auf die §. 170 ff. dieses Gesetzes erkannt werden muß;

in Erwägung, daß Vorbereitungshandlungen unzweifelhaft der Beurtheilung desjenigen Richters unterstehen, welchem die Bestrafung des durch sie vorbereiteten Verbrechens zusteht, daß daher, und weil letzteres vor das Schwurgericht verwiesen ist, auch jene dahin zu verweisen waren; daß endlich eben deßhalb die Statthaftigkeit der in dieser Richtung eventuell erhobenen Beschwerde nach Ansicht des §. 82 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 einem Bedenken nicht unterliegt, wird erkannt:

Es sei die Beschwerde gegen das Verweisungserkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 30. Oktober d. J. No. 138. 39, in so weit sie wegen Nichtbeobachtung des § 9 des Gesetzes vom 5 Februar 1851 die Aufhebung dieses Erkenntnisses beantragt, als unbegründet; in so weit aber gebeten ist, die Sache zur Aburtheilung vor das großh Hofgericht zu verweisen, als unstatthaft zu verwerfen; dagegen sei jenes Erkenntniß, in so weit es unter No. 2 besagt:

> „daß bezüglich der dem Angeschuldigten weiter zur Last gelegten Verleitung der Friederike K. zur Duldung unzüchtiger Handlungen und dadurch in fortgesetzter That verübten Verführung eines Kindes nach Einführungsgesetz §. 35 Abs. 2 die Sache von großh. Hofgericht zu erledigen sei,"

dahin abzuändern: daß auch diese Anschuldigung vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises zu verweisen sei ꝛc. D. R.

IV.

Wucher.

§. 533. 534 Str.G.B.

Franz Freiheit von M. wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 24 Juni d. J. wegen Wuchers in eine Geldstrafe von 20 fl. und zur Rückerstattung des bezogenen übermäßigen Gewinnes verurtheilt.

Entscheidungsgründe.

Nach Inhalt einer von der Hand des Angeschuldigten Handelsmann Franz Freiheit geschriebenen und von dem ledigen-Fabrikarbeiter Matheus Schober von da unterzeichneten Schuldurkunde vom 4. August 1856 erhielt der letztere von dem erstern gegen Versatz einer zu 16 fl. gewertheten silbernen Cylinderuhr ein baares Darlehen im Betrage von 18 fl., heimzahlbar mit je 9 fl. auf 27. Dezember 1856 und 10. Januar 1857. Zugleich wurde bedungen, daß die als Faustpfand übergebene Cylinderuhr von dem Darleiher als Eigenthum zu behalten und der Minderwerth von dem Anleiher zu ersetzen sei, falls die Rückzahlung des Darleihens nicht bis 15. Jänner d. J. erfolgen sollte.

Nach der eidlich erhärteten Aussage des Matheus Schober hat er das Anlehen bei dem Angeschuldigten zu dem Behufe aufgenommen, um eine mit gerichtlicher Ausklagung bedrohte Schuld seines Vaters Fidel Schober bezahlen zu können, jedoch von dem Angeschuldigten nur 14 fl ausbezahlt erhalten.

Gedrängt von der Noth, von welcher Matheus Schober selber den Angeschuldigten vor der Geldaufnahme unterrichtet und ihm zuerst die silberne Cylinderuhr zum Kaufe angeboten hatte, mußte er die Bedingung eingehen, daß er bei einer Auslösung der als Faustpfand hinterlegten Cylinderuhr die Summe von 18 fl., und falls solche nicht ausgelöst werden und somit dem Angeschuldigten als Eigenthum zufallen sollte, noch den Betrag von 2 fl. zu bezahlen habe.

Als Matheus Schober am 8. Jänner d. J. dem Angeschuldigten den baaren Betrag von 16 fl. brachte und damit die Cylinderuhr wieder auslösen wollte, verweigerte derselbe deren Herausgabe, indem er, gestützt auf die Schuldurkunde, die Zahlung von 18 fl. forderte.

Der 39 Jahre alte, verheirathete, vermögliche, gutbeleumundete Angeschuldigte gibt zu, daß ihm Matheus Schober bei einer zufälligen Begegnung auf einem Spaziergange seine große Geldverlegenheit eröffnet und zugleich bemerkt habe, er sei deßhalb genöthigt, seine silberne Cylinderuhr gegen beträchtlichen Verlust zu verkaufen. Ebenso gibt der Angeschuldigte zu, daß er aus Mitleiden und in Berücksichtigung der ihm bekannten, sehr dürftigen Lage der Eltern des Matheus Schober diesem sofort versprochen habe, ihm mit einem Darleihen auszuhelfen. Dagegen behauptet der Angeschuldigte im beharrlichen Widerspruche mit der entgegengesetzten bestimmten Angabe des Matheus Schober, daß er diesem die Darlehenssumme von 18 fl., wie solche in der Schuldurkunde vom 4. August v. J. enthalten, ausbezahlt habe.

Die eidliche Versicherung des Matheus Schober wird unterstützt durch die beschworenen Aussagen seiner Eltern,

Digitized by Google

der Fidel Schoberschen Eheleute, und seiner Schwester Rosalia Schober, indem diese Zeugen übereinstimmend bestätigen, daß Schober nach seiner unmittelbar nach der Anlehensaufnahme geschehenen Aeußerung von dem Angeschuldigten nur 14 fl. bezahlt erhalten habe, indem er sich einen Rabatt habe gefallen lassen müssen.

Die Aussage des Matheus Schober findet auch noch ihre weitere Unterstützung in dem Inhalt der Urkunde vom 4. August 1856 selbst, in welcher von einer Verzinsung des Anlehens nichts erwähnt wird, indem es unwahrscheinlich ist, daß der Angeschuldigte, welcher sich neben dem Betriebe seines Handelsgeschäftes auch mit Ausleihen von Geld in kleinern Posten befaßt, den Betrag von 18 fl. auf die Dauer von 5 Monaten ohne alle und jede Vergütung an Zins, aus reiner Gefälligkeit ausgeliehen habe.

Matheus Schober ist sowohl nach dem Zeugnisse der Gemeindebehörde zu M. als nach jenem seines Dienstherrn, des Fabrikanten Honegger von dort, ein fleißiger, sparsamer und solider Arbeiter, der beinahe seinen ganzen Verdienst zur Unterstützung seiner betagten, sehr armen Eltern verwendet und in Folge dessen selbst darunter Noth leiden muß. Seinen beschworenen und bestimmten Aussagen muß auch nach vorliegender Sachlage um so mehr Glauben beigemessen werden, als der Angeschuldigte nach anderweitigen Angaben von Zeugen im Rufe steht, daß er sich gegenüber solchen Personen, welche Geld bei ihm aufnehmen, ungebührliche Abzüge erlaube.

Der Rabatt von 4 fl., den sich Schober gefallen lassen mußte, ist im Hinblick auf seine dürftigen Erwerbs- und Vermögensverhältnisse ein offenbar übermäßiger, wenn man erwägt, daß das Anleben von 18 fl. für die Zeit vom 4. August 1856 bis 10. Jänner d. J., zu dem bei Handelsleuten üblichen 6 pCt. Zinsfuß berechnet, blos 28 kr. Zins abgeworfen haben würde, und mit einem Risiko nicht verbunden war, indem die als Faustpfand hinterlegte silberne Cylinderuhr nach gerichtlicher Schätzung einen Kaufswerth von 18 fl. hatte und sonach hinlängliche Sicherheit dem Darleiher gewährte.

Erwägt man ferner, daß der Angeschuldigte die ihm wohlbekannte Noth des M. Schober und seiner Eltern augenscheinlich zu dessen Uebervortheilung benützte und sich den bedungenen übermäßigen Gewinn in der Schuldurkunde vom 4. August 1856 verschleiert zusichern ließ, so mußte der Angeschuldigte des Wuchers für schuldig erklärt und nach Ansicht des §. 533. Ziff. 1. §. 534 des Str.G.B. wie geschehen erkannt werden.

Dieses Urtheil wurde vom großh. Oberhofgericht am 3. Oktober d. J. unter Adoption der Entscheidungsgründe bestätigt. Hgr.

V.

Schreibfehler.

1) Ist gegen die Verbesserung eines im Urtheil unterlaufenen Schreibfehlers das Rechtsmittel der Appellation zulässig?

2) Kann aus Anlaß der Berichtigung eines Schreibfehlers die Appellation gegen das rechtskräftige Urtheil selbst nachträglich eingeführt werden?

Zeder gegen Zeder.

Nach einem hofgerichtl. Urtheil vom 4. Dezbr. 1856 soll die Klägerin folgenden Erfüllungseid leisten:

„Es ist wahr, daß ich das in der Klage vom 2. März d. J. geltend gemachte Testament meiner verstorbenen Schwester Marianne Zeder vom 20. Januar 1854 erst nach Abschluß des Erbvergleichs vom 9. März 1855 bei Gelegenheit der Reparatur meiner Spieluhr neu aufgefunden habe."

Für den Fall, daß die Klägerin diesen Eid schwört, war den Beklagten ein Ablängnungseid über das Nichtwissen der Aechtheit des Testaments vom 20. Jänner 1854 auferlegt.

Gegen diese Bestimmung des hofger. Urtheils hat die Klägerin oberappellirt und auch wirklich eine Abänderung zu ihren Gunsten erwirkt, indem das oberhofger. Urtheil vom 9. Juni 1857 erkennt: daß an der Stelle der Beklagten die Klägerin für den Fall der Leistung des ihr durch das hofger. Urtheil auferlegten Erfüllungseides noch einen weitern Eid über gewisse Thatsachen zu leisten habe.

Es ist zu bemerken, daß in diesem Urtheil noch zweimal des Erbvergleichs gedacht wird, jedoch mit dem Datum vom 9. März 1854.

Nachdem die Akten an das großh. Hofgericht zurückgelangt waren, ließ die Klägerin dort vortragen: das hofger. Urtheil vom 4. Dez. 1856 enthalte einen Schreibfehler, indem das Datum des Erbvergleichs vom 9. März 1855 in 9. März 1854 zu verbessern sei.

Die hierüber gehörten Beklagten beantragten die Verwerfung des Verbesserungsgesuches. Allein das großh. Hofgericht erließ am 27. Aug. 1857 folgendes Erkenntniß:

„Die in dem diesseitigen Urtheile vom 4. Dez. 1856 und zwar in der für die Klägerin festgestell-

Digitized by Google

ten Eidesformel vorkommende Jahreszahl des Erbvergleichs vom 9. März 1855 sei in die Jahreszahl vom 9. März 1854 zu verbessern."

Nun ergriffen die Beklagten die Oberberufung und beschwerten sich darüber:

1) daß dem Verbesserungsgesuche willfahrt, und
2) daß überhaupt in dem hofgerichtl. Urtheile vom 4. Dezbr. 1856 auf den Erfüllungseid der Klägerin erkannt worden ist.

Der zweiten Beschwerde wollte mit der Behauptung noch Eingang verschafft werden, daß durch das Erkenntniß vom 27. August 1857 das hofger. Urtheil vom 4. Dez. 1856 abgeändert sei, und zwar in einem Punkte, gegen welchen sich die Klägerin früher nicht beschwert hatte, als das Urtheil noch nicht in Rechtskraft erwachsen war. Die Beklagten hätten sich bei der ursprünglichen Faffung des Urtheils in der Ueberzeugung beruhigt, daß die Klägerin den Eid nicht schwören könne; allein jetzt müßten sie auch gegen das frühere Urtheil oberappelliren, wozu sie nach den §§. 1113. 14. 15 u. 1121 der Pr.O. ohne Zweifel befugt seien; weil sonst von einer Rechtskraft und Rechtssicherheit keine Rede sein könne. Nur im Wege der Restitutionsklage, nicht aber im Wege der Erläuterungs-Ergänzungs- oder Verbesserungs-Gesuche könne derselbe Richter sein früheres Urtheil abändern.

Die angefochtene Verbesserung würde eine Abänderung des oberhofger. Urtheils zur Folge haben, wozu das gr. Hofgericht nicht berechtigt sei ꝛc.

Hierauf wurde der Anwalt in die öffentliche Gerichtssitzung vorgeladen, um die Zulässigkeit der Oberappellation nachzuweisen, und sodann durch oberhofger. Erkenntniß vom 5. Nov. 1857 die Oberberufung der Beklagten als unstatthaft verworfen.

Gründe.

In Erwägung, daß es sich hier blos um die Berichtigung eines in das hofger. Urtheil vom 4. Dezbr. 1856 eingeschlichenen Schreibfehlers handelt, welcher nicht sinnstörend erschien und die betreffende Stelle des Urtheils nicht erläuterungsbedürftig machte, indem nur allein das Datum des Erbvergleichs vom 9. März 1855 in jenes vom 9. März 1854 abzuändern war;

in Erwägung, daß jener Schreibfehler auch ein für die Beklagten augenfälliger war, weil überall in den Verhandlungen nur von dem Erbvergleich vom 9. März 1854 die Rede gewesen und dieses Datum nicht nur in demjenigen Theil des hofg. Urtheils, welcher die Folgen der Verweigerung des den Beklagten auferlegten Ablängnungseides enthält, sondern auch in den Entscheidungsgründen zu jenem Urtheil richtig angegeben worden ist;

in Erwägung, daß gegen die Verfügung, wodurch ein bloser Schreibfehler berichtigt wird, das Rechtsmittel der Oberappellation nicht statt findet und die eingetretene Berichtigung ebensowenig zum Vorwand benützt werden kann, gegen den betreffenden Theil des Urtheils selbst, nachdem solches schon rechtskräftig geworden ist, jenes Rechtsmittel zu ergreifen.

Aus diesen Gründen ꝛc. D. R.

VI.

Personalverhaft und Vermögensabtretung.

1) Zur Vermögensabtretung eines verhafteten Schuldners wird erfordert, daß Vermögensstücke vorhanden sind, welche dem Gläubiger zur gänzlichen oder doch theilweisen Befriedigung überlassen werden können.
2) Die Einleitung des Gantprozesses ist bedingt durch eine Concurrenz von Gläubigern mit verschiedenen Forderungen.

Anders gegen Mertens.

In erster und zweiter Instanz war gleichförmig erkannt: „Die Bitte des Beklagten um Zulassung zur Rechtswohlthat der Güterabtretung, beziehungsweise des Gantverfahrens und darauf gestützte Entlassung aus dem persönlichen Verhafte sei als unbegründet zu verwerfen."

Dieses Erkenntniß ist am 1. Oktober l. J. in dritter Instanz bestätigt worden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach Satz 2068b No. 3 muß zwar der Schuldner, gegen welchen auf persönlichen Verhaft erkannt ist, alsdann entlassen werden, wenn er sein Vermögen gesetzmäßig abtritt. Eine nothwendige Voraussetzung zur Vermögensabtretung, beziehungsweise zur Verweisung des Gläubigers auf die Realexecution statt des Personalarrestes ist aber, daß Vermögensstücke vorhanden sind, welche dem Gläubiger überlassen werden können, sollten sie auch zu seiner Befriedigung nicht gerade zureichend sein.

Daß der in Schuldverhaft befindliche sich nur durch die Stellung wirklicher Zahlungsmittel befreien kann, ergibt sich insbesondere aus §. 1055 No. 1 und 2 verglichen mit §§. 1061 und 62 der Pr.O.

Digitized by Google

Nun ist aber durch die eigene Erklärung des Oberappellanten hergestellt, daß er, einige wenige Competenzstücke ausgenommen, schlechterdings kein Vermögen besitzt, welches abgetreten werden könnte. Nebstdem entbehrt sein Gesuch derjenigen Erfordernisse, welche nicht nur der Code de proc. in Art. 898 ff. vorschreibt *), sondern welche auch gemeinrechtlich zur Begründung des Antrags auf Güterabtretung nothwendig erscheinen.

Nicht minder unstatthaft ist der Antrag auf Einleitung des Gantprozesses. Abgesehen nemlich davon, daß beim Mangel jeglichen Vermögens das Gantverfahren überall keinen Zweck hätte, besteht auch keine Conkurrenz von Gläubigern mit verschiedenen Forderungen, sondern es handelt sich hier nur um einen einzelnen Rechtsanspruch, dessen Realisirung nicht die Forderung eines anderen Gläubigers, sondern allein nur die Insolvenz des Schuldners entgegensteht und hinsichtlich welcher, da dieser ein Ausländer ist, der persönliche Verhaft als gesetzliches Vollstreckungsmittel sich darstellt, dem sich der Oberappellant durch die Behauptung gänzlicher Mittellosigkeit und der daher rührenden Unmöglichkeit zu zahlen, nicht entziehen kann ꝛc. D. R.

*) Dahin gehört namentlich die gerichtliche Deponirung der Bilanz der Activurkunden und der Bücher, wenn der Schuldner dergleichen hat.

VII.

Schupflehen.

1) Die Allodification eines Schupflehens kann nicht verlangt werden, wenn nachgewiesen wird, daß das betreffende Gut innerhalb eines Jahrhunderts von 1833 zurückgerechnet, das erstemal schupflehenweise verliehen worden, oder daß es seit seiner erstmaligen Verleihung noch nicht dreimal heimgefallen ist.
2) Durch die zeitweise Verpachtung, eigene Bewirthschaftung, Veräußerung eines Schupflehengutes u. s. w. geht die Schupfleheneigenschaft selbst verloren.

Hofmann gegen Pfullendorf.

Das Schönbronner Hofgut, ehemals ein fürstlich fürstenbergisches Seniorat Mannlehen, war von der Stadt Pfullendorf im Mäez 1650 an J. Haas, im Februar 1709 an J Gg. Endres, dann an J. Hochweber, im Januar 1722 an J. G. Müller, im März 1758 an J. Hofmann, im Januar 1790 an dessen Sohn Georg und im September 1825 an dessen Enkel Johann auf seinen und seiner Ehefrau Leib als Schupflehen verliehen worden.

Der letztere verlangte nun mit einer Klage vom 16. Februar 1856 die Ablösung des Schupflehenverbandes unter Bezug auf §. 1 des Gesetzes vom 21. April 1849 (Reg. Bl. No. XXV. S. 221), indem er sich auf die vorbemerkten Belehnungen berief, worunach das Schönbronner Hofgut schon seit mehr wie 200 Jahren bis jetzt ununterbrochen immer schupflehenweise von Pfullendorf verliehen gewesen sei.

Dieser Klage wurde aber unter anderm entgegengehalten: die Stadt Pfullendorf habe das fragliche Gut im Jahr 1729 dem dortigen Spital zur precairen Benutzung überlassen, solches erst im Jahr 1758 wieder zurückbekommen und sodann, unterm 23. März 1758, an den Großvater des gegenwärtigen Besitzers, damals das erste mal, schupflehenweise verliehen. Dieses Schupflehen sei demnach bei dem Erscheinen des Gesetzes vom 15. November 1833 (Reg.-Bl. No. 48 S. 261) noch lange nicht 100 Jahre alt gewesen und auch seit seiner erstmaligen Verleihung noch nicht dreimal heimgefallen. Belobtes Gesetz finde daher nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 8 auf dieses Gut keine Anwendung und darum auch nicht das Gesetz vom 21. April 1849 nach dessen §. 1 Abs. 5.

Dieser Einwand machte den Kläger in allen drei Instanzen unterliegen, indem angenommen ward, daß durch die Ueberlassung des Schönbronner Hofguts an das Spital, während eines Zeitraums von 29 Jahren, die frühere Schupfleheneigenschaft des Guts verloren gegangen und die Verleihung vom März 1758 sonach als eine erstmalige zu betrachten sei, von welcher an weder 100 Jahre verflossen, noch 3 Heimfälle erfolgt sind.

Es stützt sich diese Ansicht auf die Annalen VII. 280 Note ***), für deren Richtigkeit sich noch der §. 6 des Gesetzes vom 15. November 1833 anführen läßt, welcher also lautet:

> „Befindet sich bei Verkündung dieses Gesetzes ein heimgefallenes Schupflehen nicht mehr in dem Besitz der Angehörigen des letzten Besitzers und hat der Eigenthümer darüber durch Verleihung an fremde oder durch eigene Bewirthschaftung, Verpachtung, Veräußerung ꝛc. bereits anders verfügt, so können sich die Angehörigen des letzten Besitzers nicht auf die Bestimmungen dieses Gesetzes berufen, um damit ein Recht auf Wiederverleihung zu begründen."

Aus dieser Bestimmung kann wenigstens der Geist des Gesetzes entnommen werden, nach welchem in Verbindung mit §. 1 des spätern Gesetzes vom 21. April 1849 eine Unterbrechung der schupflehenweisen Verleihung des Guts die Schupfleheneigenschaft selbst zerstört oder aufhebt.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 38.

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

Begriff der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit gemäß Str.G.B. §. 225. 232, insbesondere Arbeitsunfähigkeit bei Kindern.

Ein Rechtsfall für die gerichtsärztliche Praxis.

Ueber den Begriff der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit im Sinne des §. 225. 232 des Str.G.B., worüber das Gesetzbuch selbst keine Bestimmungen, die gerichtliche Wunds und Leichenschau-Ordnung [1]) aber nur kurze, allgemein gehaltene Andeutungen enthält, herrschen nach fortgesetzten Wahrnehmungen, besonders in den Aussprüchen von einzelnen Untergerichtsärzten, noch häufig Ansichten, welche ebensowenig dem richtigen Sinne des Gesetzes, als dem Bedürfniß des Lebens und einer allgemein vernünftigen Auffassung zu entsprechen scheinen. Der Begriff der Krankheit wird nicht selten gesetz- und naturwidrig beschränkt [2]) und ebenso die Arbeitsunfähigkeit allzu buchstäblich als unbedingte Unmöglichkeit der Arbeitsverrichtung oder unbeschränkte Unfähigkeit zum Arbeiten aufgefaßt. [3])

In Band III., S. 178 und ff. des Magazins für badische Rechtspflege und Verwaltung habe ich versucht, auf eine richtigere Auffassung des Gesetzes hinzuwirken.

Als ein weiterer Beitrag zu diesem Zwecke mag, im Hinblick auf seine eigenthümliche Beschaffenheit und das erhobene gründliche Obergutachten, [4]) der nachfolgende einfache Rechtsfall dienen:

Kaspar B., ein vermöglicher Bauer von J., hat, wie er behauptete, schon öfter bemerkt, daß Kinder, ungeachtet wiederholter Verwarnung, ihm Obstbäume beschädigten und Obst entfremdeten, und beschloß, hierüber aufgeregt, sie hierwegen zu züchtigen.

---

[1]) Vrgl. §. 32. 33 derselben.

[2]) In einem jüngst im Mittelrheinkreise vorgekommenen Falle, worin sich eine Arbeitsunfähigkeit von 5 Tagen verbunden mit einem durch Fieber und sonstige Zufälle bedingten Allgemeinleiden zeigte, erklärte der Untergerichtsarzt, daß keine Krankheit im gesetzlichen Sinne vorhanden gewesen sei. Aehnlich lautete der Ausspruch eines Untergerichtsarztes in einem anderen Falle. Mehrmals war der Gerichtshof in der Lage, nach den eigenen Anführungen des Gerichtsarztes, im Widerspruch mit seinem Gutachten, eine Krankheit als unzweifelhaft vorhanden anzunehmen.

Die Frage, ob neben der Arbeitsunfähigkeit auch noch eine Krankheit von gleicher oder geringerer Dauer sich ergab, ist wenigstens in Bezug auf die Strafausmessung nicht ohne Bedeutung.

[3]) Das Gesetz muß auf eine vernünftige und billige Weise im Einklang mit dem Bedürfniß des Lebens und mit der Erfahrung aufgefaßt werden. Daß ein Arbeiten, das nur mit wesentlichen Schmerzen auf Seiten des Verletzten Statt finden könnte, dem Verletzten nicht zugemuthet werden darf, ergibt sich von selbst. Nähere Nachweise im Magazin für Rechtspflege u. s. w. a. a. O.

[4]) Von besonderem Interesse sind die in dem Obergutachten mitgetheilten Aussprüche der obersten gerichtsärztlichen Instanz im Königreich Preußen. (Vrgl. Note 7 und 10 unten.)

Gemäß §. 193 des preuß. Strafgesetzbuches ist auch in Preußen der Begriff der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf die Bestrafung der Körperverletzung von entscheidender Bedeutung.

Eine Eigenthümlichkeit des badischen Rechtes ist aber die oft übersehene wesentliche Unterscheidung zwischen Arbeitsunfähigkeit im Allgemeinen (St.G.B. §. 225 Ziff. 1 u. 2 und § 232 Ziff. 1) und Unfähigkeit in Bezug auf Berufsarbeiten (St.-G.B. §. 225 Ziff. 3 u. 4 und §. 232 Ziff. 2 u. 3). Auch hierüber nähere Nachweise im Magazin a. a. O. Die von der königlich preußischen obersten gerichtsärztlichen Behörde aufgestellten Begriffsbestimmungen stimmen im Wesentlichen mit den a. a. O. angenommenen Grundsätzen überein.

Digitized by Google

Als eines Morgens im Juli d. J. der fünfjährige Knabe Lorenz A., welcher nach der Behauptung des Kaspar B. schon öfters von den Obstbäumen weggejagt worden sein und damals an einem Apfelbäumchen geschüttelt haben soll, mit dem August H., einem nur zwei und ein halb Jahr alten Knaben wieder in der Nähe der Obstbäume aufhielt, fiel der mehrerwähnte Kaspar B., vom Zorn ergriffen, mit einem knorrigen Stecken, etwa von der Länge eines Armes und der Dicke eines Daumens, über die Knaben her und versetzte zuerst dem älteren Knaben, der nur mit einem Hemde bekleidet war, und dann auch dem Jüngern, welcher noch ein Röckchen trug, zahlreiche Streiche und zwar, wie der Erfolg zeigte, in sehr schonungsloser Weise.

Nach dem gerichtsärztlichen Befunde und dem gerichtlichen Augenschein trug nämlich der ältere Knabe eine große Zahl von Blutunterlaufungen von verschiedener Größe (von 23 Linien bis 4 Zoll im Durchmesser) auf Schulterblatt, Achsel, Oberarm, Hinterbacken und Oberschenkel an sich, durch diese zogen sich aber wieder 15 Linien bis 2 Zoll lange, 3½ Linien breite Ritzen und Hautabschürfungen, vom Rücken an nicht weniger als zweiundzwanzig; überdies hatte der Knabe auch ein Blaumal an der Schamfuge, das, wie alle Verletzungen beim Druck heftige Schmerzen verursachte.

Weniger bedeutend waren die am jüngeren Knaben vorgefundenen Verletzungen, mehrere 1½ bis 2 Linien lange, 3½ Linien breite Striemen über der rechten hintern Brustwand, unter dem Schulterblatt und am Oberarm.

Obwohl in Folge dieser rohen Mißhandlung, durch welche Lorenz A. fast besinnungslos und sprachlos wurde, dieser Knabe bei sorgfältiger Pflege 5 Tage, der jüngere 1 Tag im Bett liegen mußte und anfänglich sich sogar bedenkliche Erscheinungen zeigten, kam der Untergerichtsarzt im Endgutachten zu dem Ergebniß, daß durch die Verletzungen weder eine Krankheit noch eine Arbeitsunfähigkeit (von welcher bei Kindern solchen Alters ohnehin nicht die Rede sein könne) bei dem einen sowie bei dem andern Knaben verursacht worden sei.

Von Seiten der Eltern der mißhandelten Kinder war ursprünglich eine Anzeige des Vergehens nicht erfolgt, sie verlangten indessen nachträglich die Bestrafung des Thäters.

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises, welchem die Akten zur Aburtheilung vorgelegt worden waren, sah sich jedoch veranlaßt, namentlich mit Rücksicht auf die in Frage kommende Krankheit *) des älteren Knaben, sowie auch in Bezug auf die Frage, inwiefern bei Kindern von so jugendlichem Alter, in Ermanglung eines eigentlichen Arbeitsberufes und Arbeitsvermögens, eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes anzunehmen sei und inwiefern etwa, abgesehen von dem kindlichen Alter, die Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit hier vorliegen würden **), ein Obergutachten von Seiten des hofgerichtlichen Medicinalreferenten einzuholen.

Das Obergutachten des großh. Medicinalreferenten, Medicinalrath Dr. Schneider, entschied sich, ganz der Anschauung des Gerichtshofes entsprechend, sodann auch dahin:

Daß durch die Mißhandlungen des Angeschuldigten bei beiden Knaben eine Körperverletzung entstanden sei, und

---

*) Vrgl. Note 2 oben.

**) Eine vernünftige Auffassung der gesetzlich nach dem Erfolg der Verletzung bestimmten Strafabstufungen muß nothwendig zu dem Ergebniß führen, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann, eine an Kindern von zarterem Alter verübte Körperverletzung, insofern diese Kinder nur in sehr beschränktem Maaße oder noch gar nicht eigentlich arbeitsfähig erscheinen, unter sonst gleichen Verhältnissen ungleich gelinder zu behandeln, als eine an Personen reiferen Alters begangene Körperverletzung. Wollte man daher nicht den von der kön. preußischen Medicinalbehörde (Note 10 unten) eingeschlagenen Ausweg wählen, so müßte hier die nach richtiger Ansicht im Strafrechte nicht unzulässige, in Fällen solcher Art gerechtfertigte ausdehnende Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes Platz greifen.

Vrgl. Wächter, im Archiv des Criminalrechts, neue Folge, Jahrg. 1844 S. 413 und 535.

Jagemann im Criminallexicon S. 39 und 71.

Man wird aber jedenfalls einräumen müssen, daß auch das fünfjährige Kind, das z. B. sein einjähriges Brüderchen hüten muß, (ein Fall, der auf dem Lande nicht selten vorkommt), oder das dreijährige Kind des Krämers, das etwa in seinem Kramladen aufpassen oder rufen muß, wenn Jemand eintritt, auch einen Beruf zu erfüllen und eine, wenn auch nur geringe, Arbeit zu verrichten hat. Eine ähnliche Arbeit, freilich noch von untergeordneterer Bedeutung und geringerem Umfang wird bei den meisten Kindern von solchem Alter vorkommen, und selbst bei Kindern von noch geringerem Alter. Da nun im Sinne des Gesetzes schon die Möglichkeit zur Verrichtung einer Berufsarbeit genügen muß, ohne daß die wirkliche Ausübung eines Berufes erforderlich erscheint (Müssiggänger und Rentner wären sonst in Bezug auf Körperverletzungen sehr schlecht geschützt! vergl. hiewegen Note 10 unten und Magazin am angeführten Orte S. 182 Note 24), so kann eigentlich nur in Bezug auf Kinder vom allerzartesten, noch gänzlich hilflosen Alter, also in nur sehr wenigen Fällen, ein gegründeter Zweifel Raum finden.

Digitized by Google

daß dieser zwar bei dem übrigen des Knaben weder Krankheit noch Arbeitsunfähigkeit, dagegen bei dem älteren Knaben eine Krankheit sowie auch eine Arbeitsunfähigkeit in der Dauer von 6 Tagen, ohne bleibenden Schaden, verursacht habe, die der Thäter als leicht mögliche Folge seiner Mißhandlung habe voraussehen können.

Im ersten Theile des Gutachtens wurde, was den älteren Knaben betrifft, bei Vergleichung der Ergebnisse der gerichtsärztlichen Besichtigung und der über den Krankheitszustand des Knaben vorliegenden Nachweise besonders hervorgehoben, wie der Knabe auf die erhaltenen zahlreichen und starken Streiche sogleich zu Bett gebracht werden mußte, wie er hierbei so angegriffen erschien, daß er eine Zeit lang ohne alles Bewußtsein blieb, kein lautes Wort hervorbringen, ja nicht einmal mehr weinen konnte und an allen Gliedern zitterte; wie er erst Nachmittags auf ärztliche Behandlung sich etwas beruhigte, aber doch noch nicht gehörig zu sprechen vermochte, worauf er am anderen Tage seiner heftigen Schmerzen wegen, zu weinen begann, was 3 bis 4 Tage anhielt, während welcher Zeit und noch bis zum siebenten Tage, kalte Ueberschläge gemacht werden mußten und der Knabe wegen heftiger Schmerzen nur wenig schlafen konnte.

Es wurde sodann im Obergutachten weiter nachgewiesen, daß als die nächste Wirkung und Folge der zahlreichen und heftigen Lineargstreiche, neben umfangreicher und tiefer Quetschung der Hautgebilde und Rückenmuskeln und nebst vielfältiger Zerreißung und Quetschung der Hautnerven, 1) Gehirnerschütterung des niedersten Grades, 2) Erstarrung des Gemeingefühls durch Ueberreizung des gesammten Nervensystems in Folge des Schreckens und der qualvollen Schmerzen, sowie 3) lebhaftes Reactionsfieber bis zum fünften Tage sich zeigte, welche Krankheitserscheinungen durch die angewendeten und fortgesetzten Heilmittel innerhalb 6 Tagen beseitigt wurden.

Die auf diese Ergebnisse gestützte weitere Ausführung des großh. Medicinalreferenten lautet wie folgt:

„Wenn nun aber der Amtsgerichtsarzt in seinem vorläufigen, bei der gerichtlichen Wundschau abgegebenen Gutachten die ernste Besorgniß ausspricht, daß möglicher Weise nicht nur schlimme Reactionen, sondern auch noch anderweitige Krankheitszufälle bei dem Beschädigten eintreten könnten und deßhalb sorgsame ärztliche und wundärztliche Behandlung und Verpflegung desselben nöthig sei; wenn ferner derselbe Gerichtsarzt dagegen wieder in seinem Schlußgutachten behauptet, daß durch die Mißhandlung des Lorenz A. keine Krankheit im strafrechtlichen Sinne bewirkt worden sei, derselbe dennoch aber wegen seines sehr schmerzhaften Unwohlseins fünf Tage lang hätte das Bett hüten, sich ärztlich behandeln und verpflegen lassen müssen, so weiß ich in der That nicht, was ich von einer solchen sich widersprechenden Behauptung halten soll, und welchen Begriff von einer Krankheit der Amtsgerichtsarzt hat!

Der §. 32 der gerichtlichen Wund- und Leichenschauordnung bezeichnet aber als eine Krankheit[2]), im strafrechtlichen Sinne jede erhebliche Störung der normalen körperlichen oder geistigen Functionen, die aus vorhandenen Zeichen, oder aus anderweitigen Umständen gefolgert werden kann.[3])

Erwägt man nun, daß der Beschädigte ein Knabe von fünf Jahren, mithin eigentlich noch ein Kind ist, der kindliche Organismus aber noch sehr zart und unent-

[2]) Anmerkung im Gutachten: Die königl. wissenschaftliche Deputation für das Medicinalwesen, als oberste gerichtsärztliche Instanz im Königreich Preußen, sprach sich in ihrem Obergutachten an den höchsten Gerichtshof vom 17. November 1852 bezüglich des Begriffs von Krankheit im strafrechtlichen Sinne also aus:

„Krankheit muß eine Gesundheitsstörung genannt werden, durch welche entweder ein Allgemeinleiden bedingt wird, wie Fieber, heftige, das ganze System ergreifende Schmerzen, allgemeiner Schwächezustand u. s. w., oder, wenn auch dies nicht der Fall, durch welche irgend eine Verrichtung des Körpers wesentlich gestört ist, z. B. Beweglichkeit einzelner Glieder oder des ganzen Körpers, Ordnung, Athmung u. s. w. Diese von uns aufgestellte gesetzliche Definition des Begriffes Krankheit im Sinne des §. 193 des preußischen Strafgesetzbuches, trifft zugleich, was wir nicht ganz unwesentlich erachten, mit der allgemeinen populären Auffassung zusammen. Ein Mensch, der Fieber, oder eine entzündliche Krankheit, oder heftige und andauernde Schmerzen, kurz irgend ein Allgemeinleiden hat, oder die seinen Hern nicht lassen kann u. s. w., kurz bei welchem irgend eine körperliche Verrichtung wesentlich gestört ist, ein solcher Mensch wird allgemein krank genannt werden, nicht aber ein Mensch, der vollkommen gesund und rüstig seinen Geschäften nachgeht, aber eine blutrünstige Stelle an den Kleidern, oder blaue Striemen auf dem Rücken hat.

[3]) Diese Begriffsbestimmung der bad. Wund- und Leichenschauordnung steht mit der in der vorstehenden Anmerkung angegebenen, sehr einleuchtenden Ausführung der preußischen Medicinalbehörde keineswegs im Widerspruch; doch wäre zu wünschen, daß die erstere in ähnlicher Weise bestimmter und eingehender abgefaßt wäre. Fehlgriffe in untergerichtsärztlichen Gutachten, wie die in Note 2 erwähnten würden hiedurch wohl verhütet werden.

wickelt, dabei höchst empfänglich für die Eindrücke der Außenwelt ist, daher auch um so leichter und schneller erkrankt, weil in diesem Alter die Blutcongestionen nach dem Kopf vorherrschen, wodurch oft schnell entzündliche Krankheiten des Gehirns hervorgerufen werden, überdies die Reizbarkeit des Nervensystems in diesem Alter prävaliirt, während seine Widerstandskraft geringe ist und schnell erschöpft wird, eine solche rohe Mißhandlung aber wie die hier in Rede stehende mehr als geeignet war, eine erhebliche Störung der normalen körperlichen und geistigen Functionen bei dem erst 5 Jahre alten Knaben schnell herbeizuführen, und erwägt man ferner, daß die dem nur mit einem dünnen Hemde bekleidet gewesenen Knaben zahlreich und heftig versetzten Prügelstriche nothwendig ein äußerst heftiges Schmerzgefühl erregen mußten, welche Uebererregung seines Nervensystems und dadurch eine fast lähmungsartige Schwäche bei ihm herbeigeführt und sich auch objectiv durch Gefühl-, Sinn- und Bewußtlosigkeit, durch Erkaltung und fast gänzliche Pulslosigkeit seiner Glieder und nachher durch heftige Reactionserscheinungen, so namentlich durch Fieber, große Aufregung, Schlaflosigkeit, brennendes Schmerzgefühl in seinem Rücken u. s. w. zu erkennen gegeben hatte, so wird wohl bei solchen Erscheinungen zweifellos angenommen und ausgesprochen werden dürfen, daß bei dem Knaben Lorenz A. u. s. w.

Erwägt man endlich auch noch, daß der Begriff einer Körperverletzung im Sinne des §. 225 Ziff. 5 des St.G.B. nicht nur eine Krankheit oder eine Arbeitsunfähigkeit von kürzerer Dauer als von zwei Wochen oder eine weniger auffallende Verunstaltung, sondern auch schon eine Beschränkung im Gebrauche eines Gliedes oder eines Sinnenwerkzeugs involvirt*), bei dem beschädigten Knaben aber eine lähmungsartige Schwäche in allen seinen Gliedmaßen stundenlang angehalten hatte und erst nach mehreren Tagen wieder gänzlich verschwunden war, so darf auch deßhalb mit Bestimmtheit ausgesprochen werden, daß durch die Mißhandlung des Lorenz A. eine Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne herbeigeführet worden war.

*) Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist hier daran zu erinnern, daß in §. 225 Ziff. 5 immerhin eine bleibende Beschränkung im Gebrauche eines Gliedes oder Sinnenwerkzeuges unterstellt wird, wie die Vergleichung mit Ziff. 3 und 2 zeigt. Die blos vorübergehende Beschränkung fällt unter andere Gesichtspunkte (Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit).

Was dagegen die Arbeitsfähigkeit oder Unfähigkeit betrifft, so kann wohl von einer solchen bei Lorenz A. keine Rede sein, weil er als ein Kind zu jeder Erwerbsthätigkeit, oder zur Ausübung eines Berufs oder Erwerbsgeschäftes (§. 33 der gerichtl. Wund- und Leichenschauordnung) jetzt noch durchaus unfähig ist.

Will man aber das in Essen, Trinken, Schlafen und in fleißigen körperlichen Bewegungen bestehende Geschäft eines solchen Knaben auch als seine Arbeit*) im weitesten Sinne des Wortes bezeichnen, so unterliegt es dann keinem Zweifel, daß auch der Knabe durch seine Mißhandlung fast sechs Tage lang unfähig geworden wäre, jene Geschäfte ungehindert zu verrichten, weil er während jener Zeit fast ununterbrochen auf dem Bauche liegen, wie ein Wiegenkind gefüttert werden mußte und sich nicht bewegen konnte, weßhalb er somit durch die Mißhandlung sechs Tage arbeitsunfähig geworden war und dadurch auch in einem spätern Lebensalter ebenso arbeitsunfähig geworden sein würde, da ein erwachsener und arbeitsfähiger, wie der Knabe, blos mit einem Hemde bekleideter Mensch durch eine solche tief eingreifende Mißhandlung ebenso von den lebhaftesten, brennendsten Schmerzen, von entzündlicher Reizung u. s. w., mithin ebenfalls von einer Krankheit im strafrechtlichen Sinne befallen und dadurch ebenso auch eine kürzere oder längere Zeit hindurch arbeitsunfähig werden müßte.

Im letzten Theile des Gutachtens wurde, was die Mißhandlung des jungen Knaben, August H. betrifft, dargelegt, weßhalb bei Diesem keine Krankheit

*) Anmerkung im Gutachten: Die königl. (wissenschaftliche Deputation für das Medicinalwesen (in Preußen) erklärte sich ebenfalls in ihrem oben erwähnten Obergutachten über Arbeitsfähigkeit und Unfähigkeit also:

„Ebensowenig kann angenommen werden, daß der Begriff „Arbeitsunfähigkeit" sich nur auf den reinen Erwerb, die Lebensnothdurft beziehe, weil in diesem Falle angenommen werden müßte, daß der Gesetzgeber gemeint habe, daß z. B. Kinder, Neugeborne u. s. w. niemals eine schwere Verletzung erleiden könnten. Vielmehr ist Arbeitsfähigkeit zu definiren als die Fähigkeit, die gewohnte körperliche oder geistige Thätigkeit in gewohntem Maße auszuüben. In diesem Sinne kann auch das Kind unfähig werden, seine Arbeiten zu verrichten, in die Schule zu gehen u. s. w. und sich dadurch zu seiner künftigen Stellung vorzubereiten, auch der Rentner, und wenn seine gewohnte Arbeit auch nur in der Verwaltung seines Vermögens, in täglichem Spaziergange zur Erhaltung seiner Gesundheit, in den gewohnten geistigen Beschäftigungen u. s. w. bestände."

*) Vergl. hiezu Note 6 oben.

Digitized by Google

im Sinne des St.G.B. §. 227 angenommen werden könne.[22]) Die nähere Ausführung dieses Ausspruches kann hier wegbleiben, und es soll hier nur noch bemerkt werden, daß der Gerichtshof am 19. Oktober d. J. den Angeschuldigten Kaspar B. wegen der im Affect bei üben Körperverletzung der beiden Knaben mit Rücksicht auf die von dem Thäter hiebei bewiesenen besonderen Rohheit und Schonungslosigkeit in Bezug auf Kinder von so zartem Alter zu einer Kreisgefängnißstrafe von 4 Wochen verurtheilte, indem es bei dem älteren Knaben sowohl Krankheit als Arbeitsunfähigkeit annahm, und weder den §. 233 noch §. 234 des St.G.B. zu Gunsten des Thäters für anwendbar hielt.

Eduard Brauer.

II.

Schenkung.

1) Wer eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt oder eine Zahlung, die er nur nach den Regeln der Billigkeit schuldig ist, leistet, schenkt dadurch nicht, obgleich er dem Gläubiger freiwillig dasjenige gibt, wozu er nicht durch Klagen angehalten werden kann.

2) Es gehört zum Wesen einer Schenkung, daß der Beschenkte dadurch bereichert, d. h. das Vermögen desselben vermehrt wird, indem er die geschenkte Sache unentgeldlich annimmt.

In der Praxis wird sehr häufig angenommen, daß jede freigebige Verfügung unter Lebenden nach den Regeln der Schenkung zu beurtheilen ist. Allein dieses ist nicht richtig. Jede Schenkung ist eine freigebige Verfügung, aber nicht umgekehrt. Ein Rechtsgeschäft muß, um als Schenkung betrachtet und beurtheilt werden zu können, folgende Eigenschaften in sich vereinigen: Es muß ein Geschäft unter Lebenden sein; es muß Einen bereichern dadurch, daß ein Anderer etwas verliert; endlich muß der Wille dieses Andern auf jene Bereicherung durch eigenen Verlust gerichtet sein. Zum Erforderniß wahrer Schenkung gehört also die Bereicherung des Beschenkten in der Art, daß das Vermögen des Beschenkten in seinem Totalwerth vermehrt werde. Wer daher eine Geldsumme, die er aus natürlicher Verbindlichkeit schuldig ist, baar bezahlt oder zu bezahlen verspricht, schenkt dadurch nicht, obgleich er dem Gläubiger dasjenige freiwillig gibt, wozu er durch Klage nicht angehalten werden konnte; der Umfang des Vermögens ist dadurch nicht erweitert. Vgl. l. 19 §. 4. D. de donat. (39. 5.) Savigny, System des römischen Rechts IV. Bd. S. 4. 11. 52 ff.

Nach dieser Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises in Sachen des Joseph Möll von Krumbach gegen die fürstlich Fürstenbergische Standesherrschaft Fürstenberg erkannt, nämlich am 16. Oktober d. J. das unterrichterliche, den Kläger mit seiner Klage abweisende Urtheil dahin abgeändert, daß die beklagte Standesherrschaft zur Bezahlung der eingeklagten Forderung verurtheilt ward.

Gründe.

Nach dem Inhalt der Klage hat der Kläger in den Jahren 1823, 1829, 1831 und 1832 in Krumbach mehrere Gebäude und Werke, insbesondere ein Wohnhaus, Scheuer und Stallung, eine Hanfreibe, Oel- und Sägmühle auf eigene Kosten neu angelegt, wozu ihm die fürstliche Standesherrschaft auf sein jeweiliges Ansuchen die erforderlichen Bauplätze, welche in öden Plätzen bestanden, unter den Bedingungen überlassen hat, daß er diese Plätze sammt den darauf zu errichtenden Gebäuden als ein herrschaftliches Schupflehen zu übernehmen, und davon einen Fest-

[22]) Die Bezeichnung solcher Körperverletzungen im Sinne des §. 227 und 232 Zif. 4 als leichter und allder in §. 225. 226. 232 Zif. 1 bis 3 vorgesehenen Körperverletzungen als schwerer, nach der Meinung von Jagemann in den Beiträgen zur Erläuterung der neuen Strafgesetzgebung §. 388. 415. von Gerichtsärzten gewählt zu werden.

Diese Bezeichnungsart ist aber nicht nur im Gesetze nicht begründet, sondern sie steht mit Aussprüchen des Gesetzes selbst, die, zwar nicht in Titel X. selbst, aber doch an andern Stellen vorkommen, in offenbarem Widerspruch. Vgl. St.G.B. §. 559. 565. 568. 569 d.

Will man daher die Unterscheidung von schweren und leichten Körperverletzungen festhalten, so darf man nur die Fälle des §. 225 Zif. 1. 2 u. 3 und die §. 232 Zif. 1 u. 2 nebst §. 230 als schwere Verletzungen bezeichnen, die übrigen Fälle aber nur als leichte oder nicht schwere. Die Fälle des §. 225 und 232 Zif. 4 mögen vielleicht ganz leichte oder ganz unbedeutende Körperverletzungen aufgeführt werden.

Vgl. Magazin a. a. O.

Hiefür spricht auch unverkennbar die Natur der Sache selbst, denn eine Verletzung, die nur einen oder nur einige Tage Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit mit sich bringt, kann doch jedenfalls nur sehr unrichtig eine schwere genannt werden.

bestimmten) jährlichen Zins an das fürstl. Rentamt zu entrichten sich verpflichte. Der Kläger ist diese Verbindlichkeiten auch eingegangen und hat in Folge dessen bis zum Jahre 1841 incl. im Ganzen 185 fl. Zinsen an die fürstl. Standesherrschaft bezahlt.

Im Jahr 1841 kam zwischen ihm und der fürstl. Standesherrschaft ein Vertrag zu Stande, wodurch er die fraglichen Gebäulichkeiten und die darauf gelegten Zinsen für die zu 5 pCt. verzinsliche Summe von 660 fl. allodificirte, und diese Summe sammt Zinsen bis zum Jahre 1845 an die fürstliche Standesherrschaft bezahlte.

Dieser Allodificationspreis sammt den früher bezahlten Lehenzinsen, zusammen 952 fl. 55 kr. (nach Abzug des auf die Bauplätze treffenden Theils des Ablösungspreises) fordert nun der Kläger von der beklagten Standesherrschaft zurück, auf den Grund einer in Folge der Beschwerden und Reklamationen der Grundbesitzer und Lehenpflichtigen des Amtsbezirks erlassenen Entschließung des verstorbenen Herrn Fürsten Karl Egon im Jahre 1848, welche auf seinen Befehl den betreffenden Gemeinden eröffnet und die darin enthaltene fürstliche Zusage von ihnen dankbar angenommen worden sei, wornach der Herr Fürst angeordnet hat: „daß, wenn noch neu aufgelegte jährliche Lehenzinsen von Häusern, die auf lehenbarem Grund erbaut worden sind, bezogen werden sollten, nicht nur von dem Bezuge der Lehenzinsen von solchen Häusern, wenn sie nicht an die Stelle schon zuvor bestandener Lehengebäude getreten sind, für die Zukunft Umgang genommen — auch den Lehenleuten die von dergleichen Häusern bezahlten Zinsen zurückzuvergüten — und gleiche Rückvergütungen auch an diejenigen zu leisten sind, welche solche Zinsen bereits abgelöst haben."

„Ferner wollen Se. Durchlaucht gestatten, daß bei künftigen Lehenallodificationen der Werth solcher Gebäude nicht, sondern nur der Werth des lehnbaren Grund und Bodens, auf dem sie stehen, in Berechnung genommen, und da, wo Ersteres bei bereits stattgefundenen Allodificationen geschehen ist, den Allodificanten die deßfallsigen Allodificationsbetreffnisse in Geld zurückerstattet werden sollen."

Der Unterrichter hat den Kläger mit dieser Klage abgewiesen, indem er annahm, daß die in der angeführten Entschließung des Herrn Fürsten von Fürstenberg enthaltene Zusage eine Schenkung enthalte, welche wegen Mangels der gesetzlichen Form ungültig und für den Rechtsnachfolger des Gebers unverbindlich sei.

Der Kläger hat gegen dieses Erkenntniß die Appellation ergriffen, und seine Beschwerde stellt sich auch als begründet dar.

Was zuvörderst die bestrittene Frage betrifft, ob die in der angeführten fürstlichen Entschließung enthaltene Zusage auf den vorliegenden Fall Anwendung finde, so muß solche unbedenklich bejaht werden.

Die Behauptung der Beklagten, daß die gedachte Entschließung sich nur auf solche Gebäude beziehe, welche auf erblehnbaren Grund und Boden erbaut worden seien, kann nicht als richtig erkannt werden. Die angeführte Stelle der fürstlichen Entschließung spricht nämlich von „lehenbarem" Grund und Boden im Allgemeinen, ohne zwischen Erb- und Schupflehen zu unterscheiden. Der Ausdruck „lehenbar" umfaßt aber beiderlei Lehenverhältnisse, und der Grund, welcher den Herrn Fürsten bestimmt hat, die Zusage zu geben, tritt bei Gebäuden, die ein Lehenmann auf eigene Kosten auf schupflehenbarem Grund und Boden errichtet hat, in eben demselben Maße ein, wie bei dergleichen Gebäuden, welche auf einem erblehenbaren Grundstück erbaut wurden, da hiebei nicht die Eigenschaft des Lehens, sondern der Umstand von entscheidendem Gewichte ist, daß solches Gebäude, wozu die fürstl. Standesherrschaft nichts als den Bauplatz abgab, ohne die zum Nachtheil der Lehenleute abgeschlossenen Verträge Eigenthum des Erbauers geblieben wären, und die fürstl. Standesherrschaft, um sich solche zuzueignen, dem Erbauer den Werth der Werkstoffe und den Arbeitslohn hätte ersetzen müssen.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus den besonderen Verhältnissen, welche die mehrerwähnte fürstl. Entschließung veranlaßt haben. Sie erfolgte nämlich auf die Beschwerden, Forderungen und Bitten der Gemeinden des Amtsbezirks Meßkirch und einzelner Gefällpflichtigen, insbesondere auch solcher lehenbarer Häuserbesitzer, welche in eigenen Kosten (ohne jeden lehenherrlichen Beitrag) auf lehenbare Grundstücke Häuser erbaut hatten, und zu diesen Gefällpflichtigen gehörte auch der Kläger, indem er die Gebäulichkeiten auf den ihm zum Ueberbauen abgegebenen öden Plätzen ganz auf eigene Kosten ohne irgend einen Beitrag der Lehenherrschaft herstellen ließ.

Indem nun die fürstl. Standesherrschaft in Folge der mit dem Kläger abgeschlossenen Verträge nicht nur den Werth dieser Bauplätze, sondern auch das Eigenthum der von dem Kläger darauf errichteten Gebäude erhielt, und

Digitized by Google

solche ihm als Schuyfleben gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses überließ, ist der Kläger offenbar in seinem Vermögen beschädigt worden, da er im Hinblick auf L.R.S. 535 durch diese Verträge in eine weit schlimmere Lage versetzt wurde, als wenn er ohne Bewilligung der fürstl. Standesherrschaft auf deren eigenthümlichen Grund und Boden gebaut hätte.

Ist aber dieß der Fall, so kann nicht von einer Schenkung gesprochen werden, wenn der verstorbene Herr Fürst durch die angeführte Entschließung der Gefällpflichtigen, welche sich in der Lage des Klägers befinden, die Rückvergütung der Zinsen und Allodificationssumme, welche sie von den auf eigene Kosten auf lehenbaren Grund und Boden errichteten Gebäuden an die fürstl. Standesherrschaft bezahlt hatten, zugesichert hat. Denn obgleich diese Zahlung von dem Kläger auf den Grund rechtsgültig abgeschlossener Verträge geleistet wurde, so geschah doch der Abschluß dieser Verträge im Widerspruche mit den Anforderungen der Billigkeit, und es erscheint daher die Rückerstattung der in Folge dieser Verträge empfangenen Zahlungen wenigstens als natürliche Verbindlichkeit von Seiten der fürstl. Standesherrschaft, was auch der verstorbene Herr Fürst in der Original-Resolution vom 22. August 1848, §. 79 ausdrücklich anerkannt hat. Wer aber eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, oder eine Zahlung, die er nur nach den Regeln der Billigkeit schuldig ist, leistet, schenkt dadurch nicht, obgleich er dem Gläubiger freiwillig dasjenige gibt, wozu er nicht durch Klage angehalten werden konnte. Denn es gehört nach L.R.S. 894 zum Wesen der Schenkung, daß der Beschenkte dadurch bereichert, d. i. das Vermögen desselben vermehrt werde, indem er die geschenkte Sache unentgeldlich annimmt, was aber bei demjenigen nicht der Fall ist, welcher nur das empfange, was ihm ein Anderer nach den Forderungen der natürlichen Billigkeit schuldig ist. Der Empfänger hat in diesem Falle keinen wirklichen Gewinn bezogen, sondern nur dasjenige wieder zurückerhalten, was gegen die Billigkeit aus seinem Vermögen in ein anderes geflossen ist.

Ist nun die Zahlung einer natürlichen Schuld keine Schenkung, so versteht es sich von selbst, daß auch die in der fürstl. Entschließung enthaltene Zusicherung der Zahlung, beziehungsweise Rückerstattung des bezahlten kein Schenkungsversprechen und deßhalb auch nicht an die Formen der Schenkung gebunden ist. Sie ist vielmehr ein Versprechen, wodurch eine natürliche Verbindlichkeit der Beklagten in eine bürgerliche umgewandelt wurde, welche gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Die auf Erfüllung dieses Versprechens gerichtete Klage erscheint hiernach im Allgemeinen als begründet und es kann ihr mit Wirkung nicht entgegengehalten werden, daß die von dem Herrn Fürsten ertheilte Zusicherung (weil ohne Zustimmung der Agnaten und des Staatsoberhauptes geschehen) eine unbefugte Veräußerung eines Theils des zum fürstl. Fideicommiß gehörigen Vermögens enthalte. Denn wenn auch der veräußerte Vermögenstheil zum Grundstocksvermögen gehört, so bildete er doch keinen Bestandtheil des fürstl. Stammguts, denn nur jenes liegenschaftliche Vermögen hat Stammgutseigenschaft, welches durch grundgesetzmäßige Familienverträge schon bei Einführung des Landrechts als solches bestand, oder später mit besonderer Staatsbewilligung dafür erklärt und gewidmet wurde, welche Voraussetzung aber hier nicht vorhanden oder behauptet ist, weßhalb auch von einer Veräußerung des Fideicommißvermögens keine Rede sein kann.

Von der eingeklagten Summe sind jedoch die vom Kläger bezahlten Lehenzinsen von dem ihm zum Ueberbauen überlassenen Grund und Boden, sowie das Allodificationsbetreffniß davon in Abzug zu bringen, da die fürstliche Zusicherung der Rückvergütung sich nur auf die von „auf lehenbare Grundstücke" erbauten Häusern bezahlten, beziehungsweise abgelösten Zinsen bezieht, und deßhalb nicht auch auf die von dem lehenbaren Grundstücke selbst bezogenen Lehenzinsen ausgedehnt werden kann.

Hauger.

III.

Ob Diebstahl oder Unterschlagung?

Am 18. April d. J. hatte Adam Wetzel von Unterabsteinach auf dem Gestelle des Abtritts eines Heidelberger Gasthauses seine Gurte liegen lassen, in welcher 37 Kronenthaler nebst einem Sechser, sonach 100 fl. baar, und weitere 500 fl. in Papiergeld enthalten waren.

In die Wirthsstube zurückgekehrt vermißte Wetzel nach einigen Minuten die Gurte und sah sogleich im Abtritte nach, wo sich dieselbe zu seinem Schrecken nicht mehr vorfand. Wie sich später aufklärte, war mittlerweile Georg Adam Arnold von Epfenbach in den Abtritt gekommen, der die Gurte von dem Abtrittgestelle wegnahm und sich solche unter einer blauen Blouse um den Leib schnallte, so daß sie nicht bemerkt werden konnte.

Digitized by Google

„Ich kann nicht läugnen — sagte Arnold im ersten Verhöre — daß ich die Gurte mit dem Gelde in der Absicht zu mir nahm, sie für mich zu behalten."

Wie Arnold weiter angab, wurde ihm nachher in der Wirthsstube mitgetheilt, daß auf dem Abtritte eine Geldgurte mit 600 fl. liegen geblieben und von dort weggekommen sei. Es war mir — setzte Inculpat hinzu — schon vorher, ehe ich das Geld genommen hatte und bei der Wegnahme ganz sonderbar zu Muthe und es wurde mir dieß jetzt noch mehr, als ich von dem Hirschwirthe darüber befragt wurde, ob ich von dem Verluste keine Kenntniß habe? In dieser sonderbaren Gemüthsstimmung läugnete ich jede Wissenschaft von dem Gelde weg. Es kam dazu noch der Umstand, daß mir die Geldgurte für den Inhalt von 600 fl. viel zu leicht vorkam und ich befürchtete, dem Eigenthümer den wahrscheinlich fehlenden Betrag ersetzen zu müssen.

Auf dem Heimwege hielt Arnold in Neckargemünd an und verscharrte dort die Gurte, aus welcher er vorher 9 hessische Fünfguldenscheine herausgenommen hatte, in einem Garten, weil ihn der Besitz des Geldes, seiner Versicherung nach, so sehr drücke, daß er beschloß, die Gurte irgendwo zu verstecken, um es auf dem Rückwege nach Heidelberg wieder mitzunehmen und dem Eigenthümer zuzustellen.

Als Inculpat die Gurte einige Tage später wieder aus dem Versteck hervorholen wollte, war sie verschwunden, weil Leute, von welchen er beim Vergraben der Gurte beobachtet worden war, den Schatz erhoben und dem großh. Bezirksamte übergeben hatten.

Die von ihm herausgenommenen 45 fl. wollte er — wie von ihm eingestanden — für sich verwenden und mit Geldern, die er in Heidelberg einzunehmen hatte, wieder ersetzen.

Zu Hause angelangt, erzählte Arnold den ganzen Vorfall seiner Frau, welche nachmals die 45 fl. dem Untersuchungsgerichte übergab und Zeugniß ablegte.

Bei Aburtheilung dieses Falles nahm das großh. Hofgericht an, daß sich die Gurte noch im Besitze des Eigenthümers befand, als sie von dem Angeschuldigten im Abtritte ergriffen wurde, weil das Zurücklassen einer Sache aus Vergessenheit an einem Orte, welchen man kenne, und welchen man jederzeit erreichen könne, die Merkmale des Besitzverlustes nicht an sich trage ꝛc.

Es wurde daher Arnold nicht der Unterschlagung, sondern eines gemeinen Diebstahls für schuldig erkannt. Gegen dieses Erkenntniß recurrirte Inculpat und sein Anwalt suchte auszuführen, daß er schlimmstenfalls nur der Unterschlagung schuldig sei. Dieser Ansicht trat der oberhofgerichtliche Referent bei, indem er bemerkte: Wenn man auch annehme, daß die Geldgurte, obgleich sie der Beschädigte aus Vergeßlichkeit auf dem Abtritt im Hofe des Hirschwirthshauses, also an einem Jedermann zugänglichen Orte liegen ließ und in das Wirthszimmer zurückging, dennoch fortwährend in der Inhabung des Eigenthümers geblieben sei, weil er gewußt, wo er sie liegen gelassen habe, so hatte doch Recurrent, der ihn weder in den Abtritt noch herausgehen sah, keine Kenntniß davon, sondern konnte wohl glauben, daß der Eigenthümer die Geldgurte verloren habe.

Jedenfalls sei die Besitzergreifung des Recurrenten an sich, d. h. die äußere Thathandlung des Ergreifens, keine eigenmächtige, sondern eine erlaubte, weil die Gurte dort nicht an ihrem Platze gewesen, sondern leicht für immer verloren gehen konnte, wenn er sie nicht zur Hand genommen hätte. Erst das Zurückbehalten des im Abtritt gefundenen Geldes sei ein eigenmächtiges und widerrechtliches gewesen. Da nun aber zum Thatbestande des Diebstahls nach §. 367 Str.G.B. eine eigenmächtige Besitzergreifung gehöre, so liege nicht dieses Verbrechen, sondern nur eine Unterschlagung im Sinne des §. 407 vor ꝛc.

Dagegen hielt der Instructionsbeamte die fragliche Geldgurte mit deren Inhalt unter den vorliegenden Umständen nicht für eine verlorene Sache (vacuae possessionis) weil der Eigenthümer sie erst wenige Minuten vorher abgelegt hatte, sich dessen wohl bewußt und der Ort der Aufbewahrung ihm auch leicht zugänglich war. Daß der Ort auch für andere zugänglich gewesen, habe nur die Gefahr einer Entwendung, also des Besitzverlustes, aber nicht unmittelbar den letzteren selbst begründet.

Ebensowenig habe Recurrent unterstellen können, daß der Eigenthümer eine so werthvolle Sache freiwillig aufgegeben, daß sie schon lange Zeit abgelegt und gänzlich vergessen worden sei. War aber die Sache noch im Besitz des Eigenthümers, so hat der Recurrent erst durch seine Handlung diesen Besitz aufgehoben und für sich Besitz ergriffen, weil er die Sache nicht blos für den unbekannten Eigenthümer aufheben, sondern nach seinem Geständniß sofort sich zueignen wollte. In diesem animus sibi habendi besteht aber nicht nur die Besitzergreifung an und für sich, sondern auch die Eigenmacht derselben, da er hiezu überall kein Recht haben konnte ꝛc.

Hiermit einverstanden vereinigten sich die übrigen Stimmführer mit dem Antrag auf Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmezer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 39.**

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

Im Handelsverkehr werden Anweisungen den Wechseln nicht selten gleich geachtet, und bezüglich des Protestes und des Rückgriffs ebenso behandelt, wie dieses von Pöhls in seinem Handelsrecht §. 212 bezeugt wird und auch sonst wohl bekannt ist.

Manche ältere Gesetzgebungen haben diese Gleichstellung ausdrücklich sanktionirt, so in der Oberlausitz und in östreichisch Schlesien, vgl. Encyklopädie von Treitschke 1. Bd. S. 128. Die Frankfurter Wechselordnung von 1739 hatte in Art. 41 denjenigen Anweisungen, welche für Wechsel an Zahlung gegeben werden, Wechselrecht beigelegt, und die Frankfurter Prozeßordnung vom 30. Dezember 1819 gestattet die Wechselklage aus acceptirten oder an Ordre gestellten Anweisungen, was auch bei Einführung der allg. deutschen Wechselordnung beibehalten wurde. Gesetz vom 27. März 1849 §. 12.

In dem Königreich Sachsen hat ein Mandat vom 23. Dezember 1829, welches bei Treitschke l. c. abgedruckt ist, die im Handel und bei dem Geschäftsbetrieb der Fabrikanten gebräuchlichen Anweisungen den gezogenen Wechseln hinsichtlich der Regreßnahme gegen Aussteller und Indossanten und hinsichtlich der Intervention gleichgestellt. Nach Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung wurde in dem Königreich Sachsen unter dem 7. Juni 1849 ein Gesetz erlassen, welches die kaufmännischen Anweisungen, d. h. diejenigen, welche in der §. 4 No. 2 bis 8 der allg. deutschen Wechselordnung vorgeschriebenen Form ausgestellt sind, den gezogenen Wechseln mit der einzigen Ausnahme, daß wegen derselben bei nicht erfolgender Annahme kein Rückgriff statt findet, gleichstellt. Vgl. Kletke die Wechselgesetzgebung sämmtlicher deutschen Staaten. Berlin 1854. S. 283. Ein ähnliches Gesetz wurde für das Großherzogthum Sachsen-Weimar erlassen. Ein den 29. Juni 1851 für das Königreich Baiern erlassenes Gesetz, welches bei Bluntschli die allg. deutsche Wechselordnung, Erlangen 1852. S. 145 u. ff. abgedruckt ist, stellt ebenfalls die kaufmännischen Anweisungen den gezogenen Wechseln gleich, jedoch mit zwei Ausnahmen. Es findet nämlich wegen verweigerter Annahme kein Rückgriff und außer dem überhaupt kein Wechselarrest statt. Unter kaufmännischen Anweisungen versteht dieses Gesetz solche, die an Ordre gestellt sind, und außerdem den Erforderuissen des §. 4 No. 2 bis 8 der allg. deutschen Wechselordnung entsprechen. In Preußen wurden durch §. 9 des Gesetzes vom 15. Februar 1850, die Einführung der allg. Wechselordnung für Deutschland betreffend, s. Kletke l. c. S. 1 bis 5, die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts über kaufmännische Anweisungen aufgehoben, wogegen in dem Einführungsgesetz für das Großherzogthum Baden (Kletke l. c. S. 108) ausdrücklich die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über Handelszettel (kaufmänische Anweisungen) beibehalten sind. Bei diesem Stand der Gesetzgebungen erscheint es gewiß wünschenswerth, wenn die deutschen Regierungen darauf Bedacht nehmen, gleichförmige Bestimmungen über kaufmännische Anweisungen für alle deutsche Staaten zu treffen, was bei der stattfindenden Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuchs ohne besondere Schwierigkeit geschehen könnte.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungen hat man zu unterscheiden zwischen der gewöhnlichen und der kaufmänischen Anweisung, zwischen dieser und dem gezogenen Wechsel; während diese drei Urkunden in der äußern Form große Aehnlichkeit mit einander haben, ziehen sie gleichwohl sehr verschiedene Folgen nach sich, weßhalb eine Vergleichung derselben geeignet erscheinen

Digitized by Google

dürfte, einiges Licht über die Natur und Eigenthümlichkeit dieser jedenfalls verwandten Rechtsinstitute zu verbreiten.

§. 1.

I. Die gewöhnliche Anweisung.

Wenn man Urkunden zunächst aus ihrem Inhalt erklären darf und vielleicht auch erklären soll, so stellt sich die gewöhnliche Anweisung als eine Urkunde dar, in welcher der Aussteller, Assignant oder Anweiser den Adressaten, Assignaten oder Angewiesenen ersucht, gegen Ausfolgung der Anweisung die darin benannte Geldsumme an die darin genannte Person, Assignatar oder Nehmer, zu zahlen. Es kommen freilich auch Bezugsanweisungen im Handel vor, d. h. Anweisungen, durch welche der Adressat angewiesen wird, gewisse Waaren an die in der Anweisung benannte Person zu verabfolgen; da diese aber bezüglich ihrer rechtlichen Beurtheilung den übrigen Anweisungen gleichstehen, so bedürfen sie keiner besonderen Erwähnung. Gehen wir nun allein von dem Inhalte der Anweisung, ohne Berücksichtigung irgend welcher positiver Vorschriften aus, und suchen wir hiernach ihre rechtliche Bedeutung, so finden wir,

1) daß sie eine Willenserklärung des Ausstellers enthält. Dieser richtet ein Ansuchen, eine Aufforderung an den Adressaten, eine Geldsumme zu zahlen (oder eine Waare zu verabfolgen); derartige Willenserklärungen fallen unter den juristischen Begriff eines Auftrags. So lange der Beauftragte sich zur Ausführung desselben noch nicht verbindlich gemacht hat, ist kein Vertrag vorhanden; jene Willenserklärung ist daher als eine einseitige zu betrachten, die noch der Willenserklärung von Seiten des andern Theils bedarf, um als Vertrag gelten zu können. Diese Willenserklärung des Beauftragten kann expressis verbis mittels Annahme der Anweisung, oder ipso facto durch die Ausführung des Auftrags erfolgen.
2) Der in der Anweisung enthaltene Auftrag geht dahin, einem Dritten, dem Assignatar oder Nehmer der Anweisung eine Summe zu zahlen (oder eine Waare zu verabfolgen). Da diesem Auftrag gemäß an den Assignatar bezahlt werden soll, so folgt daraus, daß dieser auch berechtigt sein muß, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Ohne dieß wird ihm die Anweisung zum Zweck der Erhebung der darin angewiesenen Summe behändigt, und dient ihm als Vollmacht zu seiner Legitimation. Demnach liegen in der Anweisung zweierlei Willenserklärungen des Anweisers, erstens ein Auftrag an den Angewiesenen zur Zahlung einer Geldsumme oder Ausfolgung einer Waare, zweitens eine Vollmacht für den Assignatar zur Erhebung der Geldsumme, beziehungsweise zum Bezug der Waare.
3) Es kann aber der Auftrag zur Zahlung, beziehungsweise die Vollmacht zur Erhebung unter gewissen Modalitäten gegeben worden sein, über welche der Inhalt der Anweisung allein Aufschluß gibt. Es kann darin
   a) die Zeit, innerhalb welcher die Zahlung geschehen soll,
   b) oder der Cours, zu welchem gewisse Münzsorten bei der Zahlung zu berechnen sind, bestimmt worden sein.

Dergleichen Modalitäten stehen in dem freien Belieben der Parteien; insbesondere wüßte ich nicht, was dem entgegen stände, wenn in der Anweisung nicht nur die Zahlung der darin ausgedrückten Summe, sondern auch der Zinsen derselben zu einem bestimmten Zinsfuß aufgetragen würde. Eine Modalität findet sich in allen Anweisungen und ist darum besonders hervorzuheben, nemlich die Bestimmung, daß gegen die Anweisung die Zahlung geleistet, beziehungsweise eine Waare verabfolgt werden solle, womit der Anweiser wohl nichts anders sagen will, als daß der Angewiesene nur gegen Auslieferung der Urkunde die Zahlung leisten, beziehungsweise die Waare verabfolgen solle.

Darin liegt eine ganz begreifliche Vorsicht von Seiten des Ausstellers der Anweisung, um dadurch einem etwaigen Mißbrauch, der mit dieser Urkunde vorgenommen werden könnte, nachdem die Zahlung bereits erfolgt ist, zu begegnen. Der Angewiesene, welcher sich bei der Zahlung nicht die Anweisung aushändigen ließe, würde somit den Auftrag nicht so, wie er gegeben, ausführen, und müßte natürlich die Folgen dieser Ueberschreitung des Mandats tragen.

§. 2.

Rechtsverhältniß zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen.

Diese Auffassung der Anweisung stimmt in Einer Richtung mit den Ansichten der Rechtslehrer vollständig

überein. Mittermaier definirt in seinem deutschen Privatrecht 4. Ausgabe §. 507 die Anweisung als einen schriftlichen Auftrag, einem Dritten auf Rechnung des Ausstellers eine Zahlung zu leisten. Pöhls l. c. §. 128 sagt, die Anweisung sei der Auftrag, einem Dritten zu zahlen, auch werde die Schrift, worin Jemand den Auftrag erhalte, dem Inhaber zu zahlen, Anweisung genannt; diese enthalte daher im Grunde ein Mandat u. s. w. Thöl sagt in seinem Handelsrecht, zweite Auflage Göttingen 1847 §. 121, bei der Anweisung gebe Jemand einen Auftrag dahin, daß ein Anderer einem Dritten eine Zahlung mache und dieser sie empfange, wobei in der Note beigefügt wird, als Objekt der Zahlung werde Geld gedacht; sei es eine Waare, so heiße die Anweisung „Waaren-Anweisung." Diese Schriftsteller erkennen somit in der Anweisung einen Auftrag, der Aussteller der Anweisung ist Auftraggeber, Mandant, der Angewiesene ist der Beauftragte, Mandatar, der Auftrag ist gerichtet auf Zahlung einer Geldsumme oder Ausfolgung einer Waare. Hierdurch ist das Rechtsverhältniß dieser beiden Personen bestimmt; dieses wird nach den allgemeinen Grundsätzen des Auftrag-Vertrags beurtheilt, weßhalb auch Thibaut in seinem System des Pandektenrechts, 7. Ausgabe §. 865 von der Assignation nur bei Gelegenheit des Mandat-Contrakts handelt. Uebrigens wird es nicht überflüssig sein, darauf hinzuweisen, daß die Anweisung nicht schon die Beurkundung des unter diesen Personen abgeschlossenen Vertrags, sondern nur der einseitigen Ertheilung des Auftrags enthält, zu welcher, damit ein Vertrag zu Stande komme, noch die Annahme des ertheilten Auftrags von Seiten des Beauftragten hinzukommen muß. Thibaut §. 866. Mittermaier §. 507 No. III. Thöl §. 114. Diese Annahme des Auftrags ist aber nicht zu verwechseln mit der Annahme der Anweisung, von welcher erst weiter unten die Rede sein wird; sie kann in jeder beliebigen Form geschehen, und verpflichtet den Angewiesenen zur Ausführung, nur dem Anweiser gegenüber. Thöl §. 115. 122. Pöhls §. 212.

Da aber das Mandat einseitig widerrufen werden kann, Thibaut §. 991, so kann auch der Anweiser die Anweisung widerrufen, so lange noch resintegra ist, d. h. so lange der Angewiesene nicht bezahlt, oder sich dem Dritten gegenüber nicht schon zur Zahlung verbindlich gemacht hat. Thöl §. 123. Der Angewiesene muß den Auftrag, wenn er sich zu dessen Ausführung verbindlich gemacht hat, so ausführen, wie er lautet, also

a) die Zahlung unter den Modalitäten, welche die Anweisung enthält, rücksichtlich der Zeit, des Orts, der Münzsorten u. s. w. und

b) an die in der Anweisung benannte Person leisten.

Das sind Dinge, die sich eigentlich von selbst verstehen; dennoch hat man rücksichtlich der Wechsel es bezweifelt, ob der Bezogene die Identität der Person zu prüfen verbunden sei? Thöl §. 115 ist bezüglich der Anweisungen der Meinung, daß diese Verbindlichkeit dem Mandatar obliege, ebenso Liebe in seinen Erläuterungen der allg. deutschen Wechsel-Ordnung S. 135. Der Angewiesene, welcher die Anweisung bezahlt hat, kann den Ersatz seiner Auslagen nebst Zinsen mittels der actio mandati contraria von dem Anweiser fordern. Thibaut §. 868. Thöl §. 116, wenn er nicht den Betrag vorher dem Anweiser schuldig war, in welchem Fall Compensation eintritt.

§. 3.

Rechtsverhältniß zwischen dem Anweiser und dem Nehmer.

Auch dieses Rechtsverhältniß wird allgemein als Mandat aufgefaßt. So definirt Thibaut §. 865 die Assignation als den Auftrag, welchen der Assignant dem Assignatar dahin ertheilt, eine Forderung des Gewaltgebers von einem Dritten zu seinem Besten zu erheben. Mit Recht bemerkt Thöl §. 121 Note 4 zu dieser Definition, sie sei darum fehlerhaft, weil eine Forderung des Anweisers an den Angewiesenen unterstellt werde, was bei der Anweisung wohl vorkommen könne, jedoch nicht wesentlich nothwendig sei. Ebensowenig wesentlich sei, daß er die Summe zu seinem Besten erhebe, i. e. sie für sich behalten dürfe. Dieser Schriftsteller faßt die Anweisung als einen zweifachen Auftrag als Zahlungs- und Eincassirungsmandat auf; als Zahlungsmandatar erscheint der Angewiesene, als Eincassirungsmandatar der Nehmer der Anweisung, der Assignatar. In einer Note wird bemerkt, es sei von dem seltenen Fall, daß der Assignatar gar nicht Mandatar sei, in dem Folgenden durchweg abgesehen. Nach Thöl ist demnach der Nehmer in der Regel Mandatar, vorbehaltlich einiger Ausnahmen, die jedoch nicht weiter angegeben werden. Auch Pöhls §. 211 sieht in der Anweisung ein doppeltes Mandatsverhältniß, an den Eincassirenden, die Summe zu erhe-

Digitized by Google

ben, an den Zahlenden, sie diesem auszuzahlen; gleichwohl sagt er in §. 213. S. 37, eine Anweisung könne auf doppelte Art vorkommen, entweder als Mandat oder als Cession; bei letzterer werde der Inhaber förmlich Eigenthümer, während er im ersten Fall nur Mandatar sei. Aber S. 39 ibid. sagt er ganz allgemein: „In allen Fällen ist der Assignatar doch Mandatar des Ausstellers, selbst wenn er Cessionar ist," während der Cessionar eigene Rechte vertritt, nicht aber in fremdem Namen oder in fremdem Auftrag handelt, mithin nicht als Mandatar betrachtet werden kann. In der That scheint auch die Auffassung der Anweisung als ein Mandat an den Nehmer zur Erhebung der darin benannten Summe keineswegs durch den Inhalt der Urkunde gerechtfertigt.

Zieht man zunächst nur diesen in Betracht, so entnehmen wir daraus mehr nicht, als daß der Angewiesene zur Zahlung an den Nehmer, dieser aber keineswegs zur Erhebung aufgefordert wird. Er wird mittels der Anweisung nur in den Stand gesetzt, zu erheben; sie dient ihm zur Legitimation bei dem Angewiesenen und hat daher den Charakter einer Vollmacht. Man könnte vielleicht entgegnen, es sei dies nur ein anderer Ausdruck für dasselbe Rechtsverhältniß, indem jede Vollmacht auf einem Mandat beruhe. Aber gerade diesen Satz glaube ich vom Standpunkt der heutigen Rechtsanschauung bestreiten zu dürfen.

Der Creditbrief z. B. enthält für den Akkreditirten eine Vollmacht zur Erhebung der darin benannten Summe bei dem Adressaten, gleichwohl wird man den Akkreditirten darum nicht als Mandatar des Ausstellers des Creditbriefs betrachten können. Der Creditbrief ist in dem alleinigen Interesse des Akkreditirten ausgestellt: er erhebt wann er will; er erhebt so viel er will, oder er erhebt gar nicht, ohne deßhalb in irgend einer Weise von dem Aussteller des Creditbriefs zur Rechenschaft oder zur Verantwortung gezogen werden zu können; mit einem Wort, der Creditbrief gibt dem Akkreditirten wohl das Recht zur Erhebung der darin benannten Summe, verpflichtet ihn aber in keiner Weise. Pöhls §. 93 definirt den Creditbrief als einen Auftrag, Jemanden für Rechnung des Ausstellers Geld auszuzahlen, und nennt diesen Auftrag ein mandatum aliena gratia nach §. 3 J. de mandato 3. 27 (es ist zwar §. 5 angeführt, was ich aber für einen Druckfehler halte). Dort findet man als Beispiele eines solchen Mandats angeführt, wenn Jemand einem Andern Auftrag gibt, für einen Dritten zu kaufen, zu verkaufen, Bürgschaft zu leisten u. s. w. Dieses Mandat bezweckt lediglich das Interesse des Dritten, der aber selbst dabei keine Verpflichtung übernimmt. Der Grund eines derartigen Auftrags liegt in den besondern Verhältnissen des Mandanten zu dem Dritten, z. B. ein Vater will für seinen Sohn ein Gut kaufen lassen, ein Kaufmann will dem andern durch seinen Correspondenten an einem dritten Ort Credit verschaffen; dieser Grund kömmt aber bei dem Mandat selbst nicht in Betracht, d. h. das Mandat hat seine rechtlichen Folgen zwischen dem Mandanten und dem Mandatar, ohne Rücksicht auf das zwischen dem Mandanten und dem Dritten, zu dessen Gunsten das Mandat ertheilt wurde, bestehende Verhältniß, vrgl. l. s. §. 4 D. de mandati (17. 1). So auch bei dem Creditbrief: Dieser ermächtigt den Inhaber zur Erhebung einer Geldsumme bei dem Adressaten; zahlt dieser, so fordert er den Ersatz an den Aussteller, weil dieser ihm die Zahlung aufgetragen hat, ohne sich weiter um das Verhältniß seines Mandanten zu dem Dritten zu kümmern, vrgl. die Note 3 zu Pöhls §. 93. Dieses Verhältniß ist aus dem Creditbrief nicht ersichtlich, beruht mithin auf der besondern Beredung, welche zwischen dem Geber und Nehmer des Briefes stattgefunden hat. Möglicherweise kann die Vergütung an den Geber schon geleistet oder ihm auch nur versprochen worden sein, oder es kann der Creditbrief auf Freigebigkeit beruhen, wenn z. B. ein Vater seinen Sohn auf Reisen oder auf die Universität sendet. Das Verhältniß kann durch das Hinzutreten einer vierten Person noch verwickelter werden, z. B. eine Regierung sendet Jemanden in ferne Lande zu wissenschaftlichen oder andern Zwecken; sie wendet sich an einen Banquier und läßt ihrem Beauftragten einen Creditbrief behändigen.

Hier liegt ein zweifaches mandatum aliena gratia vor: die Regierung beauftragt den Banquier zur Aushändigung des Creditbriefs an einen Dritten; der Banquier beauftragt mittels des Creditbriefs seinen Correspondenten zur Auszahlung einer Geldsumme an denselben. Dieser wird durch Erhebung des Geldes weder dem Zahlenden noch dem Banquier, in dessen Auftrag die Zahlung geschah, verpflichtet; er hat mittels des Creditbriefs ein Recht zur Gelderhebung auf Rechnung des Banquiers erlangt; für ihn ist der Creditbrief eine Vollmacht, d. h. eine Urkunde, die ihm die volle Macht gibt, Geld für Rechnung eines Andern zu erheben, ohne daß er dadurch dessen Bevoll-

Digitized by Google

mächtigter (in der rechtlichen Bedeutung) wird. Unserer Rechtssprache fehlt es an einem Wort, das jede Zweideutigkeit entfernt; der französische Ausdruck pouvoir, oder der englische power würde dem Sinn vielleicht besser entsprechen. Das römische Recht nennt bekanntlich den Bevollmächtigten in diesem Fall procurator in rem suam. l. 55 de procurat. (3. 3.) l. 4 de re jud. (42. 1.)

§. 4.

Fortsetzung.

Was vorhin von dem Creditbrief gesagt wurde, findet seine volle Anwendung auf die Anweisung; auch diese enthält ein mandatum aliena gratia, d. h. einen Auftrag des Anweisers an den Angewiesenen zu Gunsten eines Dritten, dieser erlangt mittels der Anweisung das Recht zur Erhebung der darin benannten Summe für Rechnung des Anweisers. Für ihn ist die Anweisung eine Vollmacht, d. h. sie gibt ihm die volle Macht zur Erhebung, ohne daß er dadurch zum Bevollmächtigten wird. Sein Verhältniß zu dem Anweiser geht überhaupt nicht aus der Anweisung hervor, sondern beruht auf der besonderen Beredung, welche vor oder bei der Uebergabe der Anweisung statt gefunden hat. Es kann Jemand zum Zweck der Einziehung einer ausstehenden Forderung eine Anweisung auf seinen Schuldner ausstellen; dadurch wird der Inhaber der Anweisung noch nicht Mandatar des Ausstellers, wenn nicht bei Uebergabe oder Uebersendung der Anweisung entweder ein Auftrag zur Einziehung ausdrücklich ertheilt wurde, oder mindestens aus den Umständen entnommen werden muß. Es kömmt sehr häufig vor, daß Anweisungen auf einen Schuldner zum Zweck der Zahlung an einen Gläubiger gegeben werden, z. B. in Hamburg ist dies der gewöhnliche Fall, wie man aus Pöhls §. 130 ersehen kann. Auch in Frankfurt geschehen die Zahlungen seit Errichtung einer Bank sehr häufig durch Anweisungen auf dieselbe; ebenso anderwärts mittels Anweisung auf einen Banquier, mit welchem der Anweiser in Rechnung steht. Der Inhaber der Anweisung kann darum nicht als Mandatar des Anweisers gelten, denn die Absicht beider Contrahenten geht in diesem Fall nicht dahin, daß der Inhaber der Anweisung bei Erhebung der angewiesenen Summe die Geschäfte des Anweisers, sondern daß er sein eigenes Geschäft, nämlich die Empfangnahme der ihm gebührenden Zahlung besorge; eben darum hat er nicht, gleich dem Mandatar, die empfangene Summe dem Mandanten herauszuzahlen, sondern er darf sie für sich behalten. Thöl erkennt dieses auch an; dieser Schriftsteller sieht nämlich, wie dieses schon erwähnt wurde, in der Anweisung ein zweifaches Mandat, ein Zahlungs- und ein Einkassirungs-Mandat. §. 121. Er verweist deßhalb in §. 124 bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Assignanten und dem Assignatar auf das in §. 119 vom Einkassirungs-Mandatar Gesagte. Hier aber heißt es: „Der Einkassirungs-„Mandatar soll die Summe entweder lediglich zum Vor-„theil des Mandanten erheben, um sie darauf diesem „auszukehren, oder auch zu eigenem Vortheil, in rem suam, „um sie zu behalten, z. B. als Darlehen oder Bezahlung „seines Guthabens." Insoweit stimmt Thöl mit der obigen Ausführung überein. Wenn er aber hinzufügt: „Auch in diesem Fall (nämlich wenn der Einkassirer die „Summe zu eigenem Vortheil erhebt) hat er die Stel-„lung eines Mandatars und dessen Verbindlichkeit, die „Einkassirung gehörig zu betreiben, und für das Inter-„esse einzustehen," so ist übersehen, daß bei derartigen Anweisungen, welche lediglich im Interesse eines Dritten ausgestellt sind, jede Verzögerung der Einkassirung nur diesem, nicht dem Aussteller zum Nachtheil gereicht, ja daß gerade umgekehrt der Aussteller bei einer Verspätung oder bei einer völligen Unterlassung der Einkassirung nur gewinnen kann. Hat nämlich der Aussteller sein Geld bei einem Banquier verzinslich angelegt, oder muß er diesem für etwaige Vorschüsse Zinsen zahlen, so geht sein Interesse offenbar dahin, daß der Inhaber der Anweisung das Geld so spät wie möglich erhebe, wogegen das Interesse des Inhabers dahin geht, das Geld so bald wie möglich zu erhalten. Wäre nun richtig, was Thöl behauptet, daß der Inhaber als Mandatar des Ausstellers anzusehen ist, so müßte er natürlich dessen Interesse wahrnehmen, mithin die Erhebung soweit wie möglich hinausschieben, ja sie ganz unterlassen, weil er dadurch am meisten dessen Vortheil befördern würde; umgekehrt wäre die Beschleunigung der Erhebung, welche Thöl ihm als Mandatar zur Pflicht macht, wohl in seinem eigenen aber nicht im Interesse des Mandanten. Schon hieraus wird man entnehmen, daß ein Mandat da nicht angenommen werden kann, wo die Interessen einander geradezu entgegen stehen, auch abgesehen davon, daß, wie schon früher hervorgehoben wurde, die Absicht der Contrahenten einer solchen Unterstellung vollständig widerspricht. Thöl selbst sieht sich genöthigt, gleich hinterher, nachdem er behauptet hat, der Inhaber des Einkassirungsmandats sei in allen Fällen Mandatar, diesen absoluten Ausspruch wieder dadurch zu beschränken, daß

Digitized by Google

er sagt, da wo das Mandat den Vortheil des Inhabers bezwecke, verwirkliche sich durch den Empfang der angewiesenen Summe der bezweckte Titel, z. B. das Darlehen oder die Zahlung, und die Stellung aus dem Mandat trete in den Hintergrund. Was soll dieses anders heißen, als der Empfänger der Zahlung sei nicht, gleich dem Mandatar, zur Herauszahlung an den Mandanten verbunden, es treten mithin nicht die Folgen des Mandats ein? Ferner sagt derselbe Schriftsteller, auch der Widerruf sei dem Mandanten in diesem Fall nicht gestattet, während doch sonst ein Mandat willkürlich widerrufen werden darf. Endlich soll auch das Eigenthum dessen, was in Empfang genommen wird, nicht auf den Mandanten übergehen, während doch sonst diese Folge bei dem, was der Mandatar für den Mandanten empfängt, eintritt. Alles in allem genommen, läge ein Mandat vor, das nicht die rechtlichen Folgen des Mandats haben soll, und welches einzugehen die Partieen niemals beabsichtigten. Ein Kennzeichen hat das Mandat, wenigstens unter Kaufleuten: jeder Kaufmann läßt sich für Besorgung der Geschäfte eines Andern eine Gebühr zahlen, er berechnet diese Gebühr für alle Anweisungen, die ihm zum Einzug zugesendet werden, in welchen er mithin Mandatar ist; aber schwerlich wird es ihm beikommen, diese Gebühr auch für solche Anweisungen, welche in seinem Interesse, in rem suam, ausgestellt sind, in Anrechnung bringen zu wollen, was man gleichwohl gestatten müßte, wollte man ihn als Mandatar betrachten. Vom Standpunkte des römischen Rechts müßte man sogar ein Mandat, das lediglich im Interesse des Mandatars gegeben wurde, für unwirksam erklären. l. 2 D. mandati (17. 1.) pr. u. §. 6. I de mandato (3. 27).

§. 5.

Fortsetzung.

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Anweiser und dem Nehmer ist demnach nicht nothwendig das Mandat, wiewohl es auch ein Mandat sein kann; dieses Verhältniß kann überhaupt nicht aus der Anweisung entnommen werden, sondern nur aus der Beredung, welche vor oder bei Uebergabe der Anweisung stattgefunden hat. Ist sie zum Einzug übergeben worden, so ist der Nehmer Mandatar und hat alle Pflichten eines solchen: er hat daher den Einzug mit dem größten Fleiß zu besorgen, und muß das, was er einnimmt, seinem Mandanten in Rechnung bringen, wogegen er andererseits Vergütung seiner Auslagen und die übliche Gebühr für seine Mühewaltung anzusprechen hat. Von einem Regreß für den Fall der Nichtzahlung der Anweisung kann in diesem Fall keine Rede sein. Der Mandatar, welcher nichts für die Anweisung eingenommen hat, kann natürlich nicht verbunden sein, dem Mandanten Etwas dafür gut zu bringen, hätte er den Betrag im Voraus bezahlt, was wohl kaum vorkommen wird, so ist dieses ein Vorschuß, dessen Rückersatz er ebensowohl verlangen kann, wie den Ersatz aller sonstigen Auslagen.

Will aber eine Anweisung zum Zweck der Zahlung gegeben werden, so gilt die Regel: „Anweisung ist nicht Zahlung," d. h. der Gläubiger ist nicht verbunden, statt der Zahlung eine Anweisung anzunehmen, wobei übrigens zu bemerken ist, daß der Handelsgebrauch große Abweichungen von dieser Regel eingeführt hat, vrgl. Thöl §. 124. Pöhls §. 213. Jene Regel sagt aber auch, daß durch das Geben und Nehmen einer Anweisung für eine bestehende Schuld diese nicht getilgt wird. Die Anweisung als Vollmacht des Anweisers zur Erhebung der darin benannten Summe setzt den Nehmer in den Stand, Zahlung zu erhalten; so lange er diese noch nicht erhalten hat, besteht seine Forderung wie vorher.

Mit Recht bemerkt Thöl §. 124 in der Note*, ein Regreß aus der Anweisung könne hierbei nicht vorkommen; denn wenn diese nicht bezahlt werde, so könne der Gläubiger seine frühere Forderung, welche durch das Nehmen der Anweisung nicht getilgt werde, geltend machen. Es kann aber die Frage aufgeworfen werden: Wie ist es in dem Fall, wenn die Anweisung nicht zur rechten Zeit zur Zahlung vorgezeigt wurde? wie ist es überhaupt, wenn dem Nehmer der Anweisung der Vorwurf der Nachlässigkeit in Betreff der Erhebung der angewiesenen Summe gemacht werden kann? Kann ihm der Anweiser eine auf solche Nachlässigkeit basirte Einrede entgegenhalten? Und wie läßt sich diese begründen? Diejenigen, welche den Nehmer der Anweisung als Mandatar ansehen, können diese Fragen leicht beantworten. Er hat nicht den schuldigen Fleiß bei Ausführung des übernommenen Auftrags angewendet, und kann deßhalb für die Folgen seiner Nachlässigkeit in Anspruch genommen werden. Ich habe aber in Abrede gestellt, daß der Inhaber der Anweisung, wenn er sie in Zahlung nimmt, Mandatar ist; nach meiner Auffassung hat er in demselben Fall nur Rechte, keine Verbindlichkeiten aus der Anweisung; er kann sie liegen lassen, so lang er will,

Digitized by Google

er kann sie sogar zerreißen, verbrennen, Niemand kann ihn deßhalb zur Verantwortung ziehen oder Schadenersatz von ihm verlangen: denn er schadet Niemanden als sich selbst. Aber ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn er auf seine ursprüngliche Forderung, für welche er die Anweisung erhalten hat, zurückgreifen will. Hier steht ihm entgegen, daß er die Anweisung als Mittel, die Zahlung für seine Forderung zu erhalten, angenommen, mithin nicht anders auf diese seine Forderung zurückkommen kann, als wenn die Zahlung der Anweisung nicht zu erhalten war. Das Eintreten dieser Thatsache ist also Bedingung seines Rückgreifens auf die alte Forderung, oder wie man ebenfalls sagen darf: „Die alte Forderung ist getilgt, wenn die Anweisung bezahlt wird." Trägt er nun die Schuld, daß die Anweisung nicht bezahlt wird, oder macht er durch Vernichtung derselben die Zahlung unmöglich, so gilt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ihm gegenüber, die Zahlung als geschehen. l. 161 de R. J. 50. 17. In jure civili receptum est, sagt Ulpianus libr. 77 ad edictum, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. In l. 39 ibidem sagt Pomponius dasselbe in noch allgemeineren Ausdrücken: In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium moram fit, quominus fiat.*) Ist aber die Anweisung bezahlt, oder wird sie als bezahlt, ob factum creditoris angenommen, so kann dieser selbstredend nicht mehr auf die alte Forderung, wegen deren ihm die Anweisung gegeben wurde, zurückkommen. Uebrigens werden, nach meiner Erfahrung, selbst Anweisungen gewöhnlich nur in der Weise in Zahlung gegeben, wenn die Rechtstitel der Forderung, welche bezahlt werden soll, quittirt und dem Schuldner ausgehändigt werden. In diesem Fall ist die Regel: „Anweisung ist nicht Zahlung" durch das Uebereinkommen der Partien modificirt; mittels Quittirung und Ausfolgung der alten Rechtstitel hat der Gläubiger die alte Schuld für erloschen erklärt und an deren Stelle die Anweisung angenommen. Es ist mithin eine Novation, eine Rechtswandlung eingetreten, und der Gläubiger kann auch dann, wenn die Anweisung nicht honorirt wird, auf die alte Forderung nicht mehr zurückkommen.**) Darum hat die Frankfurter Wechselordnung von 1739 §. 41 für diesen Fall dem Inhaber der Anweisung gestattet, den Rückgriff auf den Anweiser „nach Wechselrecht" zu nehmen. Ueberhaupt kann nur dann, wenn der Nehmer für die Anweisung einen Werth gegeben oder versprochen hat, von einem Rückgriff wegen Nichthonorirung der Anweisung die Rede sein. Thöl §. 124 läßt den Rückgriff zwar im Allgemeinen zu, doch geht aus dem Zusammenhang hervor, daß er unter dem Rückgriff das Wiederaufleben der alten Forderung versteht; wo aber die Anweisung nicht zur Zahlung einer Forderung, sondern was sehr häufig vorkommt, gegen einen bezahlten oder versprochenen Gegenwerth gegeben wurde, findet da ein Rückgriff statt, wenn die Anweisung nicht honorirt wird?

Pöhls läßt diesen in §. 128 unbedingt zu, auch für kaufmännische Anweisungen behauptet er in §. 213. S. 36 dasselbe, wiewohl er S. 37 einen Unterschied zwischen dem Fall, da der Assignatar als Mandatar und dem Fall, da er als Cessionar anzusehen sei, zu machen scheint; im letztern Fall hafte der Cedent nur für die Wahrheit, nicht für die Güte der Forderung.

Diese Unterscheidung findet sich namentlich bei ältern Schriftstellern, welche die Assignationen eintheilen in die assignatio plena und minus plena vrgl. Scherer Handbuch des Wechselrechts. Frankfurt 1800. 1. Bd. S. 283. Unter der assignatio minus plena wird die Anweisung, welche zum Einzug, unter der ass. plena die Anweisung verstanden, welche in Zahlung gegeben wird, bei der erstern wird der Assignatar als Mandatar, bei der zweiten als procurator in rem suam angesehen. Scherer S. 285.

Aus dieser verschiedenen Stellung der Parteien werden die wichtigsten Folgerungen gezogen, so z. B. wird S. 236 angeführt, die ass. minus plena könne jeder Zeit von dem Anweiser widerrufen werden, keineswegs aber die ass. plena, was im Verhältniß des Anweisers zu dem

*) Ich habe mir hier eine Aenderung des Textes erlaubt, weil er mir sonst unverständlich ist.

**) Thöl in der Note 8 zu §. 124 meint unter Berufung auf l. 24 C. de solutionibus (8. 43), die Quittung stehe in diesem Fall dem Gläubiger, der auf die alte Forderung zurückkommen will, nicht entgegen. Vrgl. aber churſächsische Erklärung der Leipziger Wechselordnung vom 23. Dezbr. 1699. Würtembergische Wechselordnung Capitel 6. §. 14. Altenburger Wechselordnung Capitel 3. §. 7. Braunschweiger Wechselordnung Artikel 51. Frankfurter Wechselordnung Art. 41. Preußisches Landrecht Theil 1. Titel 16. §. 267. Dagegen bleibt die Frage, ob aus der Anweisung ein Rückgriff statt findet, für den Fall, wenn für die Anweisung ein Werth gegeben wurde, immerhin noch zu erörtern.

Digitized by Google

Nehmer der Anweisung auch ganz richtig ist. *) Denn ist dieser nur Mandatar, so muß er sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Mandats den Widerruf gefallen lassen. Ist ihm aber die Anweisung „zu eigenem Vortheil" z. B. in Zahlung für seine Forderung, die er dagegen quittirt, oder für einen Werth, den er dem Anweiser bezahlt hat, gegeben, so wäre der Widerruf offenbar eine dolose Beeinträchtigung seines Rechts, das er dem Anweiser gegenüber nicht sowohl aus der Anweisung, als vielmehr aus der bei Uebergabe derselben stattgehabten Beredung erlangt hat. Er hat nemlich eine Forderung quittirt oder einen Werth gegeben, wofür? Dafür, daß der Anweiser ihn mittels der Anweisung in den Stand setze, die benannte Summe bei den Angewiesenen zu erheben; mithin darf dieser nicht selbst Etwas thun, was dem Zwecke, zu dem er die Anweisung gegeben hat, geradezu entgegen wäre.

Hamburger Wechselordnung Art. 35.
Bremer Wechselordnung Art. 28.
Elbinger Wechselordnung Art. 42.
Gleicher Ansicht ist Pöhls §. 215. S. 48.

Es wird ferner aus der Verschiedenheit der Stellung der Parteien gefolgert, daß bei der ass. minus plena die assignirte Forderung im Eigenthum des Assignanten bleibe, dagegen bei der ass. plena auf den Assignatar übergehe; im letztern Fall wird daher eine Cession unterstellt, bei welcher der Assignant pro veritate, nicht aber pro bonitate nominis zu haften habe. Mit Recht bemerkt aber Thöl §. 126 unter Berufung auf Mühlenbruch und auf Heise und Cropp, daß der Umstand, ob der Anweiser eine Forderung an den Angewiesenen habe, für den Nehmer der Anweisung ohne Bedeutung sei, und nur bei Beurtheilung des Verhältnisses zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen in Betracht komme. Der Inhalt der Anweisung besagt nämlich nichts von einer Forderung des Anweisers an den Angewiesenen, noch weniger von der Uebertragung einer solchen. Woher soll nun der Nehmer der Anweisung Kenntniß von einer solchen Forderung erhalten? Woher will man die Uebertragung derselben an den Nehmer ableiten, wenn die Anweisung davon schweigt? Und wie will der Inhaber der Anweisung sich als Eigenthümer einer Forderung legitimiren, deren Titel ihm nicht ausgeliefert werden, deren Existenz er nicht einmal kennt?

Außerdem ist es eine ganz bekannte Thatsache, daß eben so viele Anweisungen auf den Grund des Credits, den der Anweiser bei dem Angewiesenen hat, als auf den Grund einer Forderung des Anweisers an den Angewiesenen ausgestellt werden. Der Nehmer fragt auch nie darnach, ob der Angewiesene dem Anweiser schuldig ist, sondern ob er zahlt? Gleichgültig ist ihm, ob der Angewiesene zahlt, weil er dem Anweiser schuldig ist, oder weil er ihm Credit gibt. Auch quittirt er nur die Zahlung der Anweisung, nicht aber die Zahlung einer Forderung des Anweisers erhalten zu haben. Es scheint daher die Unterstellung, als ob der Anweiser mittels der Anweisung eine Forderung auf den Nehmer übertrage, in keiner Weise gerechtfertigt, mithin fällt auch die Unterscheidung, wonach der Anweiser wohl für die Wahrheit nicht aber für die Güte der Forderung einzustehen habe. In consequenter Folgerung wird von Scherer S. 289 unter Berufung auf, Leyser u. A. behauptet, daß wenn die Anweisung nicht bezahlt werde, ein Rückgriff bei der ass. minus plena, nicht aber bei der ass. plena stattfinde. Man muß sich hierbei nur wundern, daß man dem Mandatar, der keines Rückgriffs bedarf, diesen einräumt, ihn dagegen demjenigen versagen will, der ohne denselben schutzlos ist. Es stünde in der That schlecht um die Rechtswissenschaft, wenn sie demjenigen, der sein Geld für eine Anweisung hingegeben hat, in dem Fall, wenn die Anweisung nicht bezahlt wird, nicht zu helfen wüßte! Der Anweiser würde sich hier doch augenscheinlich mit dem Schaden des Nehmers bereichern! Er würde Treu und Glauben verletzen, wollte er den Rückersatz weigern. Denn wofür hat der Nehmer bei Uebergabe der Anweisung den Werth bezahlt? Für das Stück Papier doch in der That nicht, sondern dafür, daß er mittels desselben in den Stand gesetzt werde, den Betrag bei dem Angewiesenen zu erheben. Wenn der Angewiesene nicht zahlt, so hat der Anweiser nicht gethan, was er hätte thun sollen: causa secuta non est; in solchem Falle gestatten schon die römischen Juristen die Rückforderung: Sive abinitio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita vel secuta non est, dicendum, condictioni locum fore.

l. 1. §. 2 D. de cond. sine causa. (12. 7.)

(Fortsetzung folgt.)

*) Anders verhält sich das Recht des Widerrufs in dem Verhältniß des Anweisers zu dem Angewiesenen, welches wie schon oben §. 2 angeführt ist, nur so lange statt findet, als der Angewiesene sich nicht schon zur Zahlung der Anweisung verbindlich gemacht hat.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 40.

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

(Fortsetzung.)

Ein Rückgriff findet somit in unserm Fall vermöge der allgemeinen Grundsätze statt, nicht sowohl als eine aus der Natur der Anweisung fließende Folge, sondern wegen des besondern Umstandes, daß der Anweiser für die Anweisung Etwas erhalten hat, mithin zu unterstellen ist, er habe hiefür auch seinerseits eine Leistung versprochen, nämlich die Zahlung durch den Angewiesenen. Erfolgt diese nicht, so muß er dafür aufkommen, und den Nehmer schadlos halten. Freilich darf diesem nicht die Einwendung entgegenstehen, er habe sich den Schaden durch Saumseligkeit, Nachlässigkeit u. s. w. selbst zugezogen; denn Niemand kann verlangen, daß ein Anderer ihm die Folgen eigener Schuld ersetze, sie bleiben ihm zur Last. Wenn man daher auch nicht sagen kann, der Inhaber einer Anweisung, die in seinem Interesse allein ausgestellt ist, sei dem Anweiser wegen Mangel an Fleiß in Beitreibung der angewiesenen Summe verantwortlich, da er hierbei nur sein eigenes Recht wie sein eigenes Interesse vertritt, so muß man andererseits zugeben, daß wenn wegen Nichtzahlung der Anweisung ein Regreß auf den Anweiser genommen wird, dieser berechtigt ist, dem entgegen zu halten, die Nichtzahlung sei eine Folge der eigenen Handlung des Inhabers. Hierbei entsteht begreiflicher Weise eine Erörterung über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Inhaber als säumig zu betrachten sei? Die ältern Gesetzgebungen haben hierüber genaue Bestimmungen erlassen, welche man bei Scherer l. c. S. 253—62 und 279—80 und bei Pöhls 2. Bd. S. 40 und 41, finden kann.

§. 6.

Rechtsverhältniß zwischen dem Nehmer und dem Angewiesenen.

Dem Nehmer dient die Anweisung als Vollmacht, um sich darüber, daß er die Zahlung in Empfang nehmen darf, zu legitimiren; der Angewiesene kann mithin an ihn zahlen mit der nemlichen Wirkung, wie wenn die Zahlung an den Anweiser erfolgt wäre. Denn vermöge der Vollmacht repräsentirt der Nehmer der Anweisung den Anweiser. Zur Zahlung verbunden kann aber der Angewiesene erst dann sein, wenn er eine solche Verbindlichkeit übernommen hat. Es ist außer Frage, daß er mittels Annahme der Anweisung, d. h. durch seine auf diese Urkunde selbst geschriebene Erklärung, daß er die Anweisung annehme, eine solche Verbindlichkeit, dem Nehmer der Anweisung gegenüber, auf sich nimmt. Pöhls §. 214. Thöl §. 125. Auf den Grund dieser Annahme kann der Nehmer ihn auf Erfüllung des Versprochenen i. e. auf Leistung der Zahlung gerichtlich belangen, wobei sehr bemerkenswerth, daß die Rechtslehrer darüber einverstanden scheinen, daß der Angewiesene einer solchen Klage keine Einreden entgegensetzen kann, die aus seinem Verhältniß zu dem Anweiser hergenommen sind, wie schon Scherer 1. Bd. S. 290 und 296 unter Berufung auf Schmid von gerichtlichen Klagen §. 872 und auf Riccius exerc. 8 sect. 3 §. 73 behauptet; oder wie Thöl §. 124 No. 3 sich ausdrückt, daß der Angewiesene dem Assignatar nur solche Einreden entgegensetzen darf, „welche sich auf ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen beiden gründen."

Auch das preußische Landrecht stellt in dem 2. Theil 8. Tit. §. 1294 denselben Grundsatz auf. Beruht aber dieser auf irgend einer willkührlichen Unterstellung, oder läßt er sich aus allgemeinen und anerkannten Principien

Digitized by Google

herleiten? Wir haben oben gesehen, daß die Anweisung ein mandatum aliena gratia enthält. Verspricht der Angewiesene dem Anweiser, dieses Mandat auszuführen, so ist er ihm, nicht aber dem Dritten, zu dessen Gunsten das Mandat lautet, verpflichtet. Hat er aber diesem mittels Annahme der Anweisung die Ausführung zugesagt, so ist unter diesen beiden Personen ein Vertrag zu Stande gekommen, welcher einerseits den Angewiesenen, dem Nehmer der Anweisung gegenüber, zur Ausführung verpflichtet, andererseits den Nehmer berechtigt, die Ausführung zu verlangen. Die Verhältnisse zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen sind in Bezug auf diesen Vertrag res inter alios. Die ältern Schriftsteller, wie Scherer u. A., haben sich hier mit Recht auf die Analogie der delegatio bezogen, bei welcher nach l. 19 u. 33 D. de deleg. et novat. (46. 2) dem neuen Schuldner ebenfalls nicht gestattet war, dem neuen Gläubiger diejenigen Einreden entgegenzusetzen, welche er gegen den alten Gläubiger hatte, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire potitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, sagt der römische Jurist Paulus. Vrgl. auch l. 4 §. 20 de doli mali exc. (44. 4.) Uebrigens wird man da, wo der Nehmer lediglich mit dem Einzug der Anweisung für Rechnung des Anweisers beauftragt ist, mithin nur dessen Person repräsentirt, dem Angewiesenen gestatten müssen, alle Einreden, die er dem Anweiser entgegensetzen könnte, vorzubringen; denn in diesem Fall ist der Nehmer nur Mandatar, der vermöge der unitas personae nicht als eine von seinem Mandanten getrennte Persönlichkeit anzusehen ist. Consequenter Weise müßten diejenigen, welche den Nehmer überhaupt als Mandatar des Anweisers betrachten, dem Angewiesenen in allen Fällen dasselbe gestatten; da aber Thöl, wie schon oben angeführt ist, in §. 125 sub. No. 3 ausdrücklich erklärt, daß der Angewiesene, welcher acceptirt hat, keine Einreden aus seinem Verhältniß zum Anweiser entnehmen kann, so geht daraus hervor, daß die Ansicht, als sei der Nehmer in in allen Fällen Mandatar des Anweisers, unrichtig ist.

Kann aber der Nehmer auch dann wider den Angewiesenen auf Zahlung klagen, wenn dieser die Anweisung nicht angenommen hat? Diese Frage kann nur unter der Voraussetzung, daß der Angewiesene Schuldner des Anweisers mindestens für den Betrag der Anweisung ist, aufgeworfen werden; ohne diese Voraussetzung versteht sich die Verneinung derselben von selbst. Ist dagegen der Angewiesene Schuldner des Anweisers, so ist wohl außer allem Zweifel, daß der Anweiser sowohl selbst, wie auch durch einen Bevollmächtigten das, was der Angewiesene ihm schuldig ist, erheben darf; andererseits hat der Angewiesene, wenn anders die Schuld verfallen ist, und die Anweisung keine lästigen Modalitäten enthält, kein Interesse, die Zahlung der Anweisung zu verweigern. Das preußische Landrecht verordnet daher in den §§. 256 und 257 des 16. Titels des 1. Buches, daß der Angewiesene unter der angeführten Voraussetzung zur Einlösung der Anweisung verbunden sei. Scherer 1. Bd. S. 250 und 266 ist der nämlichen Meinung, auch Pöhls 2. Bd. S. 48 scheint derselben beizupflichten.

Thöl gibt in §. 114 zu, daß der Schuldner nicht nur dem Gläubiger, sondern auch jedem legitimirten Stellvertreter desselben zahlen müsse, ohne aber darum verpflichtet zu sein, zu versprechen, daß er die Zahlung einem Dritten leisten werde. Hiernach müßte der Schuldner das Zahlungsmandat des Gläubigers wohl honoriren, nicht aber acceptiren. Steht nun nach diesen übereinstimmenden Ansichten fest, daß der Schuldner auf Anweisung seines Gläubigers zu zahlen verpflichtet ist, so fragt sich, ob der Nehmer der Anweisung berechtigt ist, diese Verpflichtung des Angewiesenen geltend zu machen? Thöl §. 125 stellt dies unter Berufung auf l. 7. C. de novationibus (8. 42) in Abrede; der Nehmer bedürfe zur Einklagung entweder einer Cession oder einer Prozeßvollmacht. Wenn man aber erwägt, daß die Anweisung jedenfalls die Vollmacht enthält, den Betrag zu erheben, die Einklagung des Angewiesenen aber nur ein Mittel ist, diesen mit Hülfe des Gerichts zur Zahlung zu veranlassen, so sollte man wohl zu dem Schlusse berechtigt sein, daß in der Anweisung die für nothwendig erachtete Prozeßvollmacht schon enthalten ist. Dafür sprechen auch noch andere Gründe: War nämlich die Anweisung dem Nehmer zum Einzug gegeben, so handelt dieser der Intention seines Mandanten gemäß, wenn er diejenigen Mittel ergreift, die, wofern der Schuldner nicht freiwillig zahlen will, gerade dazu dienen, den erhaltenen Auftrag auszuführen. Hat er dagegen die Anweisung als Zahlung erhalten, oder hat er einen Gegenwerth dafür gegeben, so würde er wegen nicht erhaltener Zahlung den Rückgriff auf den Anweiser nehmen können, s. oben §. 5. Die Klage gegen den Angewiesenen läge somit im Interesse des Anweisers, weil, wenn sie zum Ziele führt, dadurch der Rückgriff abgewendet wird. Es darf daher

Digitized by Google

unterstellt werden, daß der Anweiser mittels der Anweisung den Nehmer nicht allein zur Empfangnahme des Geldes, insofern dieses freiwillig bezahlt würde, sondern auch, insofern die Zahlung verweigert würde, zur Ergreifung derjenigen Mittel, welche zur Bewirkung der Zahlung, mithin zur Abwendung des Regresses nothwendig sind, in den Stand setzen wollte. In beiden Fällen macht aber der Nehmer nicht eigene Rechte, sondern die Rechte des Anweisers gegen dessen Schuldner geltend, er kann mithin nicht in eigenem Namen, sondern nur im Namen des Anweisers klagen, muß sich daher auch alle Einreden gefallen lassen, welche dem Angewiesenen gegen den Anweiser zustehen. Und hierin liegt der praktische Unterschied zwischen dem Fall, wenn die Klage aus dem Accept des Angewiesenen und dem Fall, wenn sie aus einer unterstellten Vollmacht des Anweisers erhoben wird.

§. 7.

Form der Anweisung.

Die übliche Form der Anweisung ist folgende:

> Herr R. R. in X. beliebe gegen diese Anweisung an Herrn A. die Summe von . . . . . zu zahlen und mir solche in Rechnung zu bringen.
> Datum. Unterschrift.

Bei der rechtlichen Beurtheilung dieser Form kommen in Betracht:

1) Die allgemeinen Erfordernisse einer jeden Privaturkunde, nämlich Datum und Unterschrift. Ohne Unterschrift ist überhaupt keine rechtsverbindliche Urkunde vorhanden; ohne Datum ist sie mangelhaft. Nach gemeinem Recht sollen Privaturkunden auch die caussa obligandi (den Rechtsgrund, die Rechtsursache, la causse, the consideration) enthalten, widrigenfalls sie als stumme Urkunden (instrumenta indiscreta) keinen vollständigen Beweis erstellen. Diese Vorschrift bezieht sich aber nach Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Prozesses, Heidelberg 1824 §. 197, nur auf Schuldbekenntnisse, nach Thibauts System des Pandektenrechts, 6. Ausgabe §. 1176 auf Schuldscheine; da aber Anweisungen nicht dahin gehören, so kann man auch die Beobachtung jener Vorschrift nicht verlangen. Es kommt übrigens nicht selten vor, daß in den Anweisungen mehr oder weniger deutlich ausgedrückt wird, ob der Nehmer einen Werth für dieselbe gegeben hat nnd in welcher Weise; man bedient sich der Ausdrücke: „Werth erhalten, Werth in Rechnung, Werth verstanden," Ausdrücke, welche allerdings das unterliegende Verhältniß nicht klar bezeichnen. Deutlicher ist der Ausdruck „Werth baar erhalten," „Werth in Waaren oder in Wechseln erhalten." Dieser Ausdruck hat für den Nehmer den besondern Vortheil, daß wenn die Anweisung nicht bezahlt wird, er durch dieselbe ohne andere Hülfsmittel beweisen kann, was er dem Aussteller für die Anweisung gegeben hat, wodurch seine Klage wider denselben sehr erleichtert wird. Vrgl. preußisches Landrecht 2. Thl. 8. Tit. §. 1285—7. Da aber auch Anweisungen lediglich „zum Einzug" gegeben werden können, so liegt es im Interesse des Ausstellers, dieses Verhältniß in der Anweisung anzudeuten, damit aus demselben im Fall der Nichtzahlung keine Klage wider ihn erhoben werden kann. Der Ausdruck „Werth zum Einzug" (valeur en recouvrement) ist in diesem Fall gebräuchlich.

2) Diejenigen Erfordernisse, welche der Zweck der Ausstellung der Urkunde mit sich bringt, nemlich der Auftrag zu zahlen, die Summe, welche gezahlt werden soll, der Name dessen, der zahlen und dessen, an den gezahlt werden soll. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so ist die Anweisung entweder gänzlich unbrauchbar, z. B. wenn die Summe oder der Name dessen, der zahlen soll, nicht angegeben wäre; oder unvollständig, wenn der Name dessen, an den gezahlt werden soll, fehlt. Es könnte statt des Namens die Bezeichnung „an den Inhaber" gewählt werden sein; in diesem Fall wird man die Urkunde vom Standpunkt des gemeinen Rechts nicht für ungültig erklären können, vrgl. Thöl §. 54. Eine solche Anweisung hat den Vortheil, daß der Inhaber keiner andern Legitimation zur Empfangnahme der Zahlung bedarf, dagegen den Nachtheil, daß eben darum jeder Andere, der, sei es durch List, Gewalt oder Zufall in den Besitz der Urkunde gelangt, sich die Zahlung von dem Angewiesenen leisten lassen kann. Sollte man nicht hieraus schließen dürfen, daß da, wo der Nehmer in der Anweisung genannt ist, die Zahlung nur an diesen geleistet werden darf, mithin der Zahlende sich von der Identität der Person überzeugen muß? s. Thöl §. 115. Archiv für deutsches Wechselrecht 5. Bd. S. 398 und ff.

Der Auftrag, zu zahlen, gehört ebenfalls zu den nothwendigen Erfordernissen der Anweisung. Er wird durch die Worte: „Herr R. R. beliebe, zu zahlen" ausgedrückt; als Ergänzung dienen die Worte: „und mir solche in Rechnung zu bringen." Sie deuten an, daß die Zahlung für Rechnung des Anweisers geschehen soll.

Digitized by Google

Hierdurch unterscheidet sich die Anweisung von dem Auftrag, Jemanden ein Darleihen zu geben oder einen Credit zu bewilligen. In diesen Fällen tritt der Entleiher mit dem Darleiher in ein Rechtsverhältniß, kraft dessen er sich zur Heimzahlung des Darlehens oder des ihm bewilligten Credits verbindlich macht, während der Auftraggeber entweder sammtverbindlich oder nur als Bürge haftet. Thöl §. 108. vrgl. auch Fischer Preußens kaufmännisches Recht. Breslau 1856. §. 164. Bei der Anweisung dagegen haftet nur der Anweiser dem Angewiesenen, während der Inhaber der Anweisung, welcher die Zahlung in Empfang nimmt, dadurch dem Angewiesenen nicht verpflichtet wird.

3) Der Auftrag zu zahlen wird in der Anweisung gewöhnlich unter der Modifikation gegeben, daß der Angewiesene die Zahlung „gegen die Anweisung," d. h. gegen Ausfolgung der Anweisung leisten solle. Es liegt darin eine sehr angemessene Vorsicht. Wird nemlich die Anweisung nicht ausgefolgt, so könnte sie von dem Inhaber einem Dritten behändigt werden, der auf Grund derselben abermals Zahlung fordern würde.

Diesem möglichen Mißbrauch wird durch Ausfolgung der Anweisung begegnet. Auch hat der Angewiesene ein Interesse, daß ihm die Anweisung ausgefolgt werde: Denn da er die Vergütung der geleisteten Zahlung von dem Anweiser verlangen kann (s. oben §. 2), so bedarf er des Nachweises sowohl darüber, daß der Anweiser den Auftrag zur Zahlung gegeben, wie auch darüber, daß er (der Angewiesene) die Zahlung diesem Auftrag gemäß geleistet hat.

Hier bleibt noch zu erwähnen, daß wie aus dem obigen Formular erhellt, die Zeit der Zahlung in der gewöhnlichen Anweisung nicht angegeben zu werden pflegt. Nach dem Grundsatz: quod non sub die debetur, statim debetur kann eine solche Anweisung von dem Inhaber alsbald nachdem er dieselbe erhalten hat, zur Zahlung vorgezeigt werden. Hierdurch kann es geschehen, daß die Anweisung dem Angewiesenen früher als der Anweiser ihm Nachricht über die Ausstellung derselben hat zukommen lassen, vorgezeigt und eben deßhalb nicht honorirt wird. Aus diesem Grund erscheint die Beifügung einer Zahlungszeit zweckmäßig; diese kann übrigens auch sonst in der Convenienz der Parthieen liegen, z. B. wenn der Angewiesene erst zu einer spätern Zeit zu zahlen schuldig ist, oder wenn der Nehmer erst nach einiger Zeit an den Ort kommt, wo die Zahlung geleistet werden soll. Wird in Folge dessen die Zahlungszeit in der Anweisung erwähnt, so hat sie gewöhnlich eine dem gezogenen Wechsel sich mehr nähernde Form, etwa wie folgt:

Für fl..... Datum

Acht Tage nach Sicht zahlen Sie gegen diese Anweisung an Herrn N. N. die Summe von fl.....
und bringen mir solche in Rechnung laut Avis.

Herrn K. in Z. Unterschrift.

§. 8.

Preußisches Recht.

Es ist sicher von großem Interesse, die bisher gewonnenen Resultate mit den Vorschriften einer positiven Gesetzgebung zu vergleichen, um entweder die Uebereinstimmung Beider zu constatiren, oder wo eine Abweichung stattfindet, die Gründe derselben aufzusuchen. Ich wähle hiezu das preußische Landrecht, weil dieses sich ausführlicher als andere Gesetzgebungen über unsern Gegenstand sich verbreitet. Auffallend ist freilich die Stellung, welche demselben in diesem Gesetzbuch gegeben ist. Der 16. Tit. des 1. Buchs handelt von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören; daher ist in den ersten vier Abschnitten dieses Titels von der Zahlung, von der Hingabe an Zahlungsstatt die Rede; in dem fünften von der Anweisung, als sei diese gleichfalls ein modus tollendi obligationes. Die Erklärung hiefür gibt §. 252, welcher verfügt, daß, soweit bei der Anweisung die Absicht zu Grunde liegt, eine Schuld des Anweisers an den Assignatar zu tilgen, das Geschäft als ein Mittel zur Aufhebung von Verbindlichkeiten nach den Vorschriften dieses Abschnitts zu beurtheilen sei. Hiernach wäre man zu der Ansicht berechtigt, als erkenne das Gesetzbuch in der Ausstellung einer Anweisung für eine bestehende Schuld eine Novation; dem widerspricht aber §. 261, welcher bestimmt, daß nicht zu vermuthen sei, der angewiesene Gläubiger habe den Assignaten statt des Anweisers als Schuldner angenommen, und letztern seiner Verbindlichkeit entlassen. Demnach gilt auch hier die bekannte Parömie: „Anweisung ist nicht Zahlung" (s. oben §. 5). Zudem wird in §. 298 verfügt, daß auch dann, wenn die Anweisung nicht zur Tilgung einer Schuld des Anweisers gegeben ist, gleichwohl die Vorschriften des nämlichen Abschnitts zur Anwendung kommen, woraus also hervorgeht, daß der Stellung dieser Lehre in dem Gesetzbuch kein entscheidendes Gewicht beizulegen ist. Ganz allgemein verfügt denn auch in Uebereinstimmung damit:

Digitized by Google

der Schlußparagraph (299): „Inwiefern, wenn die Anweisung angenommen und bezahlt worden, der Assignatar dem Anweiser oder bei nicht erfolgter Annahme oder Zahlung letzterer dem erstern verhaftet sei, muß nach Beschaffenheit des unter ihnen vorgefallenen Geschäfts, aus welchem die Anweisung entstanden ist, beurtheilt werden." Das stimmt vollkommen mit dem überein, was oben §. 5 ausgeführt worden ist: eine Anweisung kann zum Einzug gegeben worden sein, dann ist der Nehmer Mandatar; ist sie aber gegen einen Werth gegeben worden, dann ist der Nehmer procurator in rem suam. Dieser Auffassung entspricht aber die in §. 251 enthaltene Begriffsbestimmung der Anweisung nur theilweise; dort wird nämlich die Anweisung definirt als ein Auftrag des Anweisers an den Assignatar, eine Forderung des Auftragenden (mithin des Anweisers) bei einem Dritten für eigene Rechnung einzuziehen. Diese Definition ist in mehrfacher Beziehung fehlerhaft, ja man kann sagen, sich selbst widersprechend. Wird nämlich die Anweisung als ein Auftrag des Anweisers an den Nehmer der Anweisung aufgefaßt, so muß doch wohl der Auftraggeber ein Interesse bei der Ausführung des Auftrags haben; welches Interesse hat aber der Anweiser dabei, daß der Assignatar eine Forderung einziehe und das Geld für sich behalte? Es ist schon oben (§. 4) darauf hingewiesen worden, daß das römische Recht ein Mandat, welches lediglich im Interesse des Mandatars gegeben wurde, für unwirksam erklärt: non est obligatorium, sagt Gajus in l. 2 D mandati (17. 1), und wie mir scheint mit vollem Recht: Wird eine Anweisung zum Einzug gegeben, so kann der Mandatar den Betrag nicht für sich, sondern nur für seinen Mandanten erheben; wird ihm aber die Anweisung in der Weise gegeben, damit er den Betrag für sich erhebe, so ist er nicht Mandatar, er hat keine Verpflichtung, sondern nur ein Recht zur Erhebung: die Anweisung enthält keinen Auftrag, sondern ist eine Vollmacht in dem Sinne, wie am Schluß des §. 3 ausgeführt ist.

Die Definition des §. 251 ist aber auch darum fehlerhaft, weil bei allen Anweisungen eine Forderung des Anweisers an den Assignaten unterstellt wird; bekanntlich werden sehr viele Anweisungen auf den Credit hin, welchen der Aussteller bei dem Assignaten hat, ausgestellt, was sogar das Landrecht in den §§. 259 und 260 anerkennt, indem es hier verfügt, daß wenn der Assignat die Anweisung angenommen hat, er dem Assignatar Zahlung leisten muß, auch wenn er dem Anweiser nichts schuldig wäre: in diesem letztern Fall, sagt §. 260, sind die gemachten Vorschüsse nach den Gesetzen von den Vollmachts-Aufträgen zu beurtheilen. Das Verhältniß zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen wird hier ganz richtig als Auftrag bezeichnet; der Aussteller der Anweisung beauftragt mittels derselben den Assignaten, einem Dritten die in der Anweisung ausgedrückte Summe für Rechnung des Anweisers zu zahlen. Das preußische Gesetzbuch bezeichnet aber den Assignatar mit dem Wort „Angewiesener," siehe z. B. §. 289, was offenbar daher rührt, daß der Verfasser dieses Gesetzbuchs der Ansicht war, der Assignatar sei durch die Anweisung angewiesen, eine Summe für den Anweiser zu erheben, eine Ansicht, welche, wie oben gezeigt wurde, nicht durchgängig mit der Wirklichkeit übereinstimmt. —

Was nun die Form der Anweisung betrifft, so ist darüber in §. 253 keine andere Vorschrift gegeben, als daß sie bei Summen, für welche die Gesetze schriftliche Verträge erfordern, schriftlich gegeben und schriftlich angenommen werden soll. Es ist daher die Form dem Belieben der Parthieen frei gegeben, und wird deßhalb nur erfordert, was die Natur der Sache selbst mit sich bringt. Da aber vorausgesetzt wird, jede Anweisung beruhe auf einer Forderung des Anweisers an den Angewiesenen, so wird in §. 154 vorgeschrieben, der Anweiser solle das Instrument, welches er bezüglich seiner Forderung in Händen hat, mit der Anweisung aushändigen; in §. 293 wird sogar soweit hierin gegangen, daß, wofern jenes Instrument auf jeden Inhaber lautet, die Rechtsbeständigkeit der Anweisung selbst von der Aushändigung des Instruments abhängig gemacht wird. Somit würde der Inhaber der Anweisung dafür büßen müssen, daß der Aussteller der gesetzlichen Vorschrift nicht genügt hat! Nach §. 294 soll der Assignat nur demjenigen, welcher das Instrument in Händen hat, Zahlung zu leisten verbunden sein; hiergegen wäre nichts einzuwenden, wenn nicht hinzugefügt wäre, derselbe sei auch nicht befugt, an einen Andern Zahlung zu leisten. Hier hat der Gesetzgeber offenbar vergessen, was er in den §§. 259 und 260 verfügt hat: nach diesen §§. kann der Assignat, auch wenn er dem Anweiser nichts schuldete, dessen Anweisung einlösen, in welchem Fall er nach den Regeln der Vollmachts-Aufträge den Ersatz des gemachten Vorschusses nebst Zinsen von dem Anweiser verlangen kann (s. Thl. 1, Tit. 13, §. 72). Demnach ist der

Digitized by Google

Angewiesene unstreitig befugt, jede Anweisung für Rechnung des Anweisers einzulösen, und dieser ist schuldig, ihm den Betrag der eingelösten Anweisung nebst Zinsen zu vergüten. Der Angewiesene ist aber nicht verbunden, die auf ihn gezogenen Anweisungen einzulösen, wenn er sich nicht etwa hiezu verbindlich gemacht hat. Doch erkennt das preußische Landrecht in §. 256 ihn hiezu dann für verpflichtet, wenn er den angewiesenen Betrag schuldig war, und ihm bezüglich der Zeit und des Orts der Zahlung ein Mehreres nicht, als er schuldig ist, zugemuthet wird; verweigert er dennoch die Annahme oder Zahlung, so ist er zur Schadloshaltung verbunden. §. 257. Dagegen soll auch der Anweiser ihm davon, daß er eine Anweisung auf ihn abgegeben, Nachricht zukommen lassen, sonst kann dieser Annahme und Zahlung verweigern, ohne zu einer Schadloshaltung verpflichtet zu sein. §. 268 und 269. Uebrigens kann der Anweiser die Anweisung, so lange sie von dem Angewiesenen nicht angenommen worden ist, widerrufen, §. 275; hat dieser die Anweisung trotz des Widerrufs angenommen, so treffen ihn die daraus entstehenden Folgen, §. 276, d. h. der Anweiser braucht die Einlösung der Anweisung nicht als für seine Rechnung geschehen anzuerkennen. Alle diese Bestimmungen ergeben sich als Folgerungen aus dem Mandatsverhältniß, welches zwischen dem Anweiser und dem Angewiesenen besteht.

Das Verhältniß zwischen dem Anweiser und dem Nehmer der Anweisung kann ebenso manigfaltig sein, als die Geschäfte, in Folge deren die Anweisung gegeben wurde, wie dieses in §. 299 anerkannt ist. Die Hingabe einer Anweisung wird nicht als Zahlung oder Novation einer bestehenden Schuld anerkannt, wenn nicht ausdrücklich der Angewiesene statt des Anweisers als Schuldner angenommen wurde. §. 261 und 62. Geschah dieses, so soll die Hingabe der Anweisung als Cession angesehen werden, §. 263; tritt die Einwilligung des Angewiesenen hinzu, so wird das Geschäft als Delegation angesehen, §. 264, und in Folge dessen der Anweiser von jeder Verbindlichkeit, für den richtigen Eingang der Anweisung zu haften, frei, §. 265. Diese Bestimmung scheint mir fehlerhaft: hat nemlich ein Gläubiger von seinem Schuldner eine Anweisung angenommen und diesem dafür das Schuldinstrument quittirt zurückgegeben, so liegt darin kein hinreichender Grund zu der Annahme, der Gläubiger habe den Angewiesenen an der Stelle des Anweisers als Schuldner angenommen, da möglicher Weise der Gläubiger nicht einmal weiß, ob der Angewiesene Schuldner des Anweisers ist; selbst wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen hat, ist kein Grund vorhanden, den Anweiser von jeder Verbindlichkeit bezüglich der Anweisung frei zu sprechen; mit Recht gehen die §§. 277 bis 290 ganz allgemein von dem Princip aus, daß der Aussteller der Anweisung dem Nehmer für den richtigen Eingang derselben haften muß; in §. 283 wird dem Nehmer für den Fall, wenn die Anweisung nicht honorirt wird, die Wahl gelassen, ob er sogleich auf den Anweiser zurückgehen oder sich an den Assignaten aus der geschehenen Annahme halten wolle. Will er auf den Anweiser zurückgehen, so muß er nachweisen, daß der Angewiesene nicht bezahlt hat, wiewohl er rechtzeitig um Zahlung angegangen wurde. Bezüglich dieser Rechtzeitigkeit, welche in dem preußischen Landrecht als Diligenz des Inhabers der Anweisung aufgefaßt und dargestellt ist, enthält dasselbe sehr eingehende Vorschriften, nämlich in §. 277, daß der Inhaber der Anweisung diese binnen 14 Tagen von der Zeit der Ausstellung derselben einzuziehen sich angelegen sein lassen solle; wohnt aber der Assignat an einem andern Ort als der Inhaber der Anweisung, so läuft diese Frist erst von der Zeit an, da sie Jenem vorgezeigt werden konnte, §. 278; war die Anweisung nicht sogleich zahlbar, so läuft die Frist erst vom Verfalltag. Uebrigens schreibt das Gesetz nicht vor, daß die Verweigerung der Zahlung durch einen besondern Akt (Protest) constatirt werden müsse, mithin kann der Inhaber sich mit der mündlichen oder schriftlichen Erklärung des Angewiesenen begnügen, wiewohl es, um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, der Vorsicht angemessen erscheint, die Zahlungsweigerung durch einen öffentlichen Akt (Protest) beurkunden zu lassen. Das Gesetz legt dem Aussteller der Anweisung die weitere Verbindlichkeit auf, auch für Annahme der Anweisung einstehen zu müssen, §. 280—82. Wird die Annahme verweigert, so muß der Aussteller der Anweisung den Nehmer, in welchem das Gesetz nach der schon mehrmals angeführten Voraussetzung einen Gläubiger sieht, in anderer Weise befriedigen, § 282, wogegen die Anweisung zurückgegeben werden muß. War nun aber die Anweisung nicht für eine bereits bestehende Schuld, sondern etwa gegen Zahlung des Betrags gegeben worden, so dürfte es nach Analogie des §. 282 und im Sinn und Geist des §. 298 und 299 keinem Anstand unterliegen, den Aussteller zur Rückerstattung des Empfangenen

Digitized by Google

nebst Zinsen und Kosten für verpflichtet zu erachten, vgl. oben §. 5. War dagegen die Anweisung nur zum Einzug gegeben, so fällt jeder Rückgriff weg, der Nehmer hat als Mandatar nur den Ersatz seiner Auslagen anzusprechen. Dies kann aus den §§. 298 und 299 hergeleitet werden.

Was nun das Verhältniß des Nehmers zu dem Angewiesenen (Assignaten) betrifft, so wird dieser Jenem erst durch die Annahme verpflichtet; so lange er nicht angenommen hat, kann er, wenn er den Betrag dem Anweiser schuldig war, an diesen die Zahlung leisten. §. 274. Jedoch ist dieser Satz theils dadurch, daß der Angewiesene nach §. 256 und 257 verbunden ist, die Anweisung seines Gläubigers anzunehmen, theils dadurch, daß der Nehmer auf Grund der Anweisung, ohne einer weitern Vollmacht zu bedürfen, gegen die Angewiesenen Klage erheben darf, §. 281, bedeutend modificirt. Hat aber der Assignat die Anweisung angenommen, so muß er dem Assignatar Zahlung leisten, selbst wenn er dem Anweiser nichts schuldig ist, das sagt mit dürren Worten §. 259. Die Annahme der Anweisung begründet daher ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Angewiesenen und dem Assignatar, ganz abgesehen davon, ob ein Schuldverhältniß zwischen dem Angewiesenen und dem Anweiser besteht oder nicht. Auch hieraus geht hervor, daß es nicht nothwendig ist, bei der Anweisung allgemein ein solches Schuldverhältniß vorauszusetzen, wie dieses in den bereits mehrfach angeführten Stellen des preußischen Landrechts geschieht; es genügt vielmehr, die Anweisung als einen Auftrag des Anweisers an den Angewiesenen, einer dritten Person (dem Assignatar) eine bestimmte Summe auszuzahlen, zu betrachten, um alle hier einschlagenden Verhältnisse vollständig zu erklären. Was insbesondere die Annahme der Anweisung betrifft, so geschieht diese gewöhnlich schriftlich auf der Anweisung selbst; sie enthält mithin die Erklärung des Angewiesenen, den ihm ertheilten Auftrag ausführen zu wollen. Da nun dieser Auftrag zu Gunsten des Assignatars gegeben ist, so enthält die Annahme dieses Auftrags eine Verbindlichkeits-Uebernahme zu Gunsten desselben; gewöhnlich ist er auch im Besitz der Anweisung, gewöhnlich fordert er die Annahme von dem Angewiesenen, gewöhnlich händigt er ihm die Anweisung zu dem Zweck der Beurkundung der Annahme aus und läßt sich solche nach geschehener Beurkundung zurückgeben. Er ist es daher, zu dessen Gunsten das Mandat ertheilt und angenommen wird; er ist es, der durch die Aufforderung zur Annahme und durch Entgegennahme derselben, die zu seinen Gunsten gemachte Erklärung acceptirt und sich zu eigen macht, so daß nach allgemein anerkannten Prinzipien kein Bedenken darüber obwalten kann, daß er nun kraft eigenen Rechts aus der Annahme klagen kann. Hierin unterscheidet sich die Klage, welche §. 281 des preußischen Landrechts dem Assignatar, selbst bevor die Anweisung angenommen ist, gestattet, von der Klage aus der Annahme. Die erstere kann nur aus einer vermutheten Vollmacht des Anweisers, wie §. 281 sich in der That ausdrückt, hergeleitet werden, der Assignatar macht daher nur die Rechte des Anweisers geltend und es stehen ihm alle Einreden entgegen, welche dem Anweiser entgegen gesetzt werden können, während wenn er aus der Annahme klagt, er sein eigenes Recht geltend macht, wobei es gleichgültig ist, ob der Angewiesene dem Anweiser Etwas schuldig ist oder nicht, §. 259, oder ob er Einreden gegen den Anweiser vorbringen könnte oder nicht, §. 266. Während nun das preußische Landrecht einerseits den Assignatar für berechtigt erklärt, sowohl vor wie nach der Annahme gegen den Assignaten gerichtlich einzuschreiten, gestattet es ihm andererseits den Rückgriff auf den Aussteller sowohl unmittelbar nach Verweigerung der Annahme oder der Zahlung, §. 282 und 283, wie auch, wenn er eine Klage gegen den Angewiesenen bereits angestellt hat, §. 287 und 288; dagegen soll aber auch der Assignatar unmittelbar nach Weigerung der Annahme oder der Zahlung dem Anweiser Nachricht davon geben, §. 280 und 285, bei der Betreibung des Prozesses gegen den Angewiesenen nichts versäumen, §. 286 und 289, diesem keinen Ausstand geben oder weitere Anweisung von ihm annehmen, §. 290, sonst verliert er den Rückgriff auf den Anweiser.

Wiewohl nun das preußische Landrecht nicht von denselben Principien ausgeht, welche oben in den §§. 2—6 entwickelt sind, so stimmen seine Vorschriften doch größtentheils mit den Folgerungen überein, welche oben aus den aufgestellten Principien gezogen worden sind. Die Klage des Nehmers der Anweisung gegen den Anweiser im Fall die Anweisung nicht bezahlt wird, welche oben als auf Rücksichten der Billigkeit beruhend dargestellt wird, hat sich hier schon als förmlicher Regreß s. §. 289 ausgebildet und findet auch dann statt, wenn die Anweisung von dem Angewiesenen nicht angenommen wird. Zugleich sind die Bedingungen des Regresses schon genau

Digitized by Google

geregelt, wobei freilich stets vorausgesetzt wird, daß der Anweisung eine Forderung des Anweisers an den Angewiesenen zu Grund liegt; ist dieses aber nicht der Fall, so würde der Anweiser, welcher einen Werth für die Anweisung empfangen hat oder dessen Schuld gegen Ausstellung der Anweisung getilgt worden ist, sich auf Kosten des Nehmers bereichern, im Fall die Anweisung nicht bezahlt würde. Er müßte daher nach den Grundsätzen der Billigkeit, auch wenn der Nehmer die gesetzlichen Bedingungen des Rückgriffs nicht beobachtet hätte, gleichwohl den erhaltenen Werth zurückerstatten. Dagegen beruhen die §§. 262—267 auf einer irrigen theoretischen Auffassung der Anweisung. Indem man unterstellt, der Anweisung liege eine Forderung zu Grunde, sieht man in der Aushändigung derselben eine Cession §. 263, und wofern die Annahme des Angewiesenen hinzukommt, eine Delegation §. 264; der Anweiser wird von der Verbindlichkeit für den richtigen Eingang der Anweisung zu haften, frei §. 265, während er hier nur um so mehr haften müßte, weil er mittels Tilgung seiner alten Schuld einen Werth für die Anweisung erhalten hat. Ist die Anweisung dagegen nur zum Einzug gegeben, so gestatten die §§. 298 und 299 die Principien des Mandats zur Anwendung zu bringen.

§. 9.

Oestreichisches Recht.

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Länder der östreichischen Monarchie behandelt die Anweisung von dem Standpunkt der Novation, und weist ihr eine Stelle in dem zweiten Hauptstück des dritten Theils, welches überschrieben ist: „Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten" an. Es wird dort gehandelt 1) von der Novation, 2) von dem Vergleich, 3) von der Cession und 4) von der Anweisung. „Durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners kann eine „Umänderung der Verbindlichkeit entstehen," heißt es in §. 1400, „wenn der Schuldner an seine Stelle einen Dritten als Zahler stellt und den Gläubiger an ihn anweist." Auch hier wird also wie in dem preuß. Lahdrecht von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Anweisung von dem Schuldner an den Gläubiger in Zahlung gegeben wird, mithin der andere nicht seltene Fall, daß eine Anweisung zum Einzug oder gegen einen Werth gegeben wird, gänzlich übergangen. Auch darin stimmt das östreichische Gesetzbuch mit dem preußischen überein, daß es in §. 1401 bestimmt, daß wenn der Gläubiger die Anweisung in Zahlung nimmt und der Assignat einwilligt, d. h. wohl, die Zahlung der Anweisung verspricht, die alte Forderung als getilgt anzusehen ist, und wegen derselben in der Regel nicht mehr auf den Anweiser zurückgegriffen werden kann. Kann er aber auch dann nicht auf ihn zurückgreifen, wenn die Anweisung nicht bezahlt wird? Hier unterscheidet das östreichische Gesetzbuch zwei Fälle: Wenn der Gläubiger die ältere Schuld quittirt und die betreffende Urkunde dem Schuldner ausgehändigt hat, so wird der Assignant nach §. 1407 von aller Haftung gegen ihn befreit. War dieß nicht der Fall, so haftet nach §. 1406 der Assignant dem Assignatar in der nämlichen Weise, wie der Cedent dem Nehmer (Cessionar) für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung zu haften hat. Zur Erläuterung ist hier beizufügen, daß nach §. 1397 des östreichischen Gesetzbuchs der Cedent sowohl für die Richtigkeit wie für die Einbringlichkeit einer cedirten Forderung, jedoch nie für mehr, als er von dem Nehmer erhalten hat, haften muß. Dieser allgemeine Grundsatz ist aber in §. 1398 dahin beschränkt, daß, wenn die cedirte Forderung zur Zeit des Uebertrags beibringlich war, später aber durch Zufall oder durch Versehen des Nehmers unbeibringlich geworden ist, der Cedent nicht zu haften verbunden ist. Ein Versehen des Nehmers wird nach §. 1399 angenommen, wenn er die Forderung nicht zur Zahlungszeit eintreibt, wenn er dem Schuldner nachsieht, wenn er die noch mögliche Sicherheit sich zu verschaffen versäumt oder die gerichtliche Exekution zu betreiben unterläßt. Man sieht hieraus, daß der Inhaber der Anweisung die größte Strenge und Pünktlichkeit anwenden muß, will er den Rückgriff auf den Anweiser nicht verlieren. Warum aber der Rückgriff ganz wegfällt, wenn für die alte Schuld quittirt wurde, dafür weiß ich keinen andern Grund zu finden, als daß der Verfasser des Gesetzbuchs nicht minder in römischen Rechtsanschauungen befangen war, wie die Verfasser des preußischen Landrechts. Dieses unterstellt in dem angegebenen Fall eine delegatio, bei welcher, wenn auch der delegatus nicht zahlt, nicht mehr auf den delegans zurückgegriffen werden kann.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur Obergerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 41.

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

(Fortsetzung.)

So schlagend aber die Aehnlichkeit des Verhältnisses auch erscheinen mag, so hält sie eine nähere Prüfung nicht aus. Ich habe schon öfter darauf hingewiesen, daß die Anweisung nicht ein zwischen dem Anweiser und dem Nehmer bestehendes Schuldverhältniß voraussetzt; wo dieses Schuldverhältniß nicht besteht, fällt die Aehnlichkeit mit der delegatio ganz fort. Außerdem setzt die delegatio ein Zusammenwirken dreier Personen voraus, welches bei der Anweisung in den seltensten Fällen vorkommen wird. Endlich scheint der Zweck der delegatio bei den Römern wirklich die Substituirung eines neuen Schuldners an die Stelle des alten gewesen zu sein, während der Zweck der Anweisung in keinem oder nur in einem höchst seltenen Fall dahin geht.

Die Anweisung kann mancherlei Zwecken dienen, und zwar je nachdem der Anweiser oder der Nehmer Veranlassung zur Ausstellung derselben gibt; wenn z. B. Jemand einen Ausstand einziehen will und deßhalb eine Anweisung auf seinen Schuldner abgibt, dann ist der Nehmer häufig nur ein Mandatar des Ausstellers — hier kann natürlich von einer delegatio keine Rede sein — hier bedarf es aber auch keines Rückgriffs, im Fall die Anweisung nicht bezahlt wird; denn es läßt sich schwerlich annehmen, daß der Mandatar den Werth im Voraus gegeben hat. Sollte er es aber doch gethan haben, dann genügt die Mandatsklage auf Rückerstattung der gemachten Auslagen oder des geleisteten Vorschusses. Gibt der Nehmer Veranlassung zur Ausstellung der Anweisung, weil er z. B. eine Reise machen will und an einem entfernten Ort Geld braucht, dann kömmt die Anweisung gewöhnlich in der Weise zu Stand, daß der Nehmer den Werth derselben an den Anweiser vergütet. Wird in diesem Fall die Anweisung nicht honorirt, so muß doch wohl ein Rückgriff statt finden; sonst bereichert sich der Anweiser auf Kosten des Nehmers. Selbst wenn dieser den Werth nicht baar gegeben, sondern einen Schuldschein dafür ausgestellt hat, wird man den Rückgriff gestatten müssen, um dem Nehmer die Möglichkeit zu geben, die Compensation vorzuschützen, wenn der Schuldschein gegen ihn geltend gemacht wird. Wir kommen endlich an den Fall, den das östreichische wie das preußische Gesetzbuch vorzugsweise im Auge hat, wenn die Anweisung in Zahlung gegeben wird. Hier ist der Zweck Tilgung einer bestehenden Schuld — dieser Zweck wird erreicht, wenn der Gläubiger gegen Aushändigung der Anweisung das Schuld-Instrument quittirt zurückgibt. Stellt man aber die Frage, warum der Gläubiger die quittirte Schuldurkunde gegen die Anweisung gegeben hat, so wird man wohl durchgehends die Antwort erhalten, daß der Gläubiger in der Voraussetzung, er werde auf die Anweisung das Geld erhalten, so gehandelt hat. Schwerlich ist es ihm oder dem Anweiser in den Sinn gekommen, daß die Anweisung dazu dienen soll, einen andern Schuldner an die Stelle des frühern zu setzen, vielmehr soll sie das Mittel sein, die frühere Schuld zu tilgen. Hat nun der Gläubiger bona fide quittirt, ehe er das Geld erhalten hat, weil er hoffte, mittels der Anweisung Zahlung zu erhalten, so erscheint es nicht gerechtfertigt, wenn man, im Fall die Anweisung nicht honorirt wird, ihm den Rückgriff auf den Anweiser abschneidet. Dieser hat mittels Quittirung seiner Schuld einen Werth empfangen, dagegen keinen Werth, als eine Anweisung, die nicht honorirt wurde, gegeben; es ist daher nicht mehr als billig, daß er für den Betrag der nicht honorirten Anweisung aufkommen muß. Aber das

Digitized by Google

östreichische wie das preußische Gesetzbuch entscheiden anders. Im übrigen enthält das östreichische Gesetzbuch nur wenige Vorschriften über Anweisungen: Es kann Jemand auf Schuld anweisen oder ohne solche. Im letztern Fall kann der Angewiesene die Anweisung honoriren oder zurückweisen, je nach seinem Belieben. Nimmt er sie an, so entsteht nach §. 1403 ein Vollmachtsvertrag (Mandat) zwischen ihm und dem Assignanten, aber noch kein Vertrag mit dem Assignatar. Wenn dagegen auf Schuld assignirt wird, so gilt nach §. 1408 die Assignation als Abtretungs-Urkunde, und es tritt zwischen dem Assignatar und dem Assignaten dasselbe Verhältniß ein, wie zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus, dem die Cession bekannt gemacht worden ist. Auch hier ist der Verfasser des Gesetzbuchs zu sehr in römischen Rechtsbegriffen befangen. Die Annahme der Anweisung muß für den Inhaber stets ein Recht gegen den Acceptanten begründen, mag dieser den Betrag an den Anweiser schuldig sein oder nicht. So hat das preußische Landrecht das Verhältniß aufgefaßt. Die Klage aus dem Schuldverhältniß des Angewiesenen zu dem Anweiser ist nur ein Nothbehelf für den Inhaber in dem Fall, wenn die Annahme verweigert wurde, und der Rückgriff aus irgend einem Grund nicht zum Ziele führt.

Nach §. 1404 kann der Assignant die Anweisung widerrufen, so lange sie nicht angenommen ist; um so mehr hätte das Gesetzbuch den Rückgriff allgemein gestatten müssen, sonst hat es ja der Anweiser in der Hand, den Inhaber um den Betrag der Anweisung zu betrügen. Aber das Gesetzbuch bestimmt in §. 1405 nur, daß, wenn die Annahme nicht erfolgt, der Inhaber den Anweiser unverweilt davon unter richten solle, widrigenfalls er für den Schaden haste; dagegen ist nicht gesagt, daß der Anweiser, welcher zur rechten Zeit unterrichtet wurde, dem Inhaber den Betrag vergüten müsse. Wurde aber die Anweisung eingelöst, so hat er dem Angewiesenen nach §. 1409 Ersatz zu leisten, wobei auf die Bestimmungen über das Mandat (§. 1014) verwiesen wird.

Das östreichische Gesetzbuch stimmt daher im Wesentlichen, wenn auch mit einigen erheblichen Abweichungen, mit den oben aufgestellten, allgemeinen Grundsätzen überein.

§. 10.

Badisches Recht.

Das badische Landrecht, welches größtentheils nur eine Uebersetzung des französischen Civilgesetzbuches enthält, hat hie und da Zusätze erhalten, welche einzelne Rechtsmaterien, die in dem französischen Gesetzbuch übergangen oder nur kurz erwähnt sind, weiter entwickeln. So enthält das französische Gesetzbuch in Art. 1277 nur den allgemeinen Satz, daß die Anweisung (l'indication du paiement) keine Rechtswandlung (Novation) bewirke; in dem badischen Landrecht wird aber ausführlicher von den Anweisungen gehandelt (s. die Art. 2010 a bis l.) „Anweisungen, heißt es dort, sind Aufträge, Sachen oder Summen im Namen des Anweisers zu erheben oder zu geben."

Dieser Definition entsprechend ist die Lehre von den Anweisungen dem 15. Titel des dritten Buchs, der von dem Auftrag-Vertrag handelt, eingefügt. Anweisungen sind Aufträge des Anweisers an den Angewiesenen, eine Sache oder eine Summe im Namen des Anweisers zu geben, das stimmt ganz mit der oben §. 2 entwickelten Ansicht überein. Sind sie aber auch durchgehends Aufträge an den Nehmer (das badische Landrecht nennt ihn Empfänger), im Namen des Anweisers zu erheben? Daß dies nicht durchgehends der Fall ist, läßt sich aus den weitern Bestimmungen des badischen Landrechts selbst nachweisen. Dieses theilt die Anweisungen je nach dem Grunde, aus dem sie von dem Aussteller an den Nehmer gegeben werden, in drei Klassen, nämlich

1) in Anweisungen an Lieferungsstatt, welche statt einer Lieferung,

2) in Anweisungen an Zahlungsstatt, welche statt einer Zahlung,

3) in Anweisungen an Einzugsstatt, welche „zum Einzug" gegeben werden.

Die letztern sind, wie auch Art. 2010 k sagt, Aufträge zur Erhebung und Berechnung des Erhobenen und werden lediglich nach den Gesetzen des Auftrags beurtheilt. Im Gegensatz zu diesen steht die zweite Gattung der Anweisungen, welche keineswegs als Aufträge zur Erhebung angesehen werden können. Wer aus irgend einem Grunde verpflichtet ist, eine Zahlung zu leisten, und in Folge dessen eine Anweisung ausstellt und seinem Gläubiger behändigt, der ermächtigt diesen allerdings, die zu zahlende Summe bei dem Angewiesenen in Empfang zu nehmen, jedoch nicht, um sie als Mandatar dem Mandanten auszufolgen, sondern um sie für sich zu behalten, und damit die bestehende Forderung zu tilgen. In diesem Fall begründet die Anweisung kein Mandats-

Digitized by Google

verhältniß zwischen Geber und Nehmer, wie dies auch in Art. 2010 g anerkannt ist, indem es dort heißt: „Anweisung an Zahlungsstatt gilt für bedingungsweise „Zahlung; die Bedingung ist, daß der Angewiesene „(welchen das badische Landrecht Zähler nennt), zahlen „könne und wolle, wenn man ohne Aufenthalt ihn „angeht."

Anweisungen an Lieferungsstatt, sonst Bezugs-Anweisungen genannt, können sowohl zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, mithin „an Zahlung," wie auch zur Begründung einer solchen, mithin „zum Einzug" gegeben werden; z. B. Jemand verkauft eine Waare, und gibt dem Käufer eine Anweisung auf denjenigen, der im Besitz der Waare ist: hier soll mittels der Anweisung die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache getilgt i. s. gezahlt werden. Wenn ich aber Jemanden Auftrag zum Verkauf oder zur Versendung einer Waare gebe und ihm zu diesem Zweck eine Bezugsanweisung behändige, dann soll die Anweisung dazu dienen, daß der Nehmer die Waare für mich in Empfang nehme; er ist in diesem Fall mein Mandatar und ist mir Rechenschaft schuldig, ganz in der Weise, wie Art. 2010 k dies vorschreibt. Daraus ergibt sich, daß die obige Dreitheilung der Anweisungen total unrichtig ist; man kann die Bezugsanweisungen den Geldanweisungen entgegensetzen, im übrigen aber können beide sowohl „zum Einzug" wie „in Zahlung" gegeben werden. In dem badischen Landrecht ist übrigens die ganze Lehre nach dieser Dreitheilung behandelt, nachdem in Art. 2010 e der allgemeine Satz ausgesprochen ist, daß Niemand, der eine Zahlung zu fordern hat, sich damit an einen Dritten weisen zu lassen verpflichtet ist.

Der Anweisung an Lieferungsstatt sind drei Artikel 2010 d. e. f. gewidmet, welche theils Bestimmungen über Besitz-Uebertragung enthalten, die uns hier nicht weiter interessiren, theils verfügen, daß jede Anweisung an Lieferungsstatt solange, bis sie von dem Angewiesenen angenommen wurde, widerruflich sei, unbeschadet des gegen den Anweiser etwa statt habenden Rückgriffs. Dieser Grundsatz ist, wie wir oben §. 2 gesehen haben, auf alle Anweisungen anwendbar, das badische Landrecht verfügt aber in Art. 2010 f., daß Anweisungen, welche an Zahlungsstatt gegeben werden, nicht widerrufen werden können, selbst wenn der Angewiesene sie noch nicht angenommen hat. Es ist nun allerdings richtig, daß, wie auch schon oben §. 5 bemerkt ist, in dem Widerruf einer Anweisung, die in Zahlung gegeben wurde, ein dolus malus gegen den Inhaber der Anweisung liegen kann; aber dies berührt den Angewiesenen nicht, der als Mandatar den Weisungen seines Mandanten Folge leisten muß und ja ohnehin nicht wissen kann, ob eine Anweisung in Zahlung oder nur zum Einzug gegeben ist? Ihm bleibt keine Wahl; wenn die Anweisung, ehe er sie angenommen hat, widerrufen wird, kann er nicht mehr zahlen; der Inhaber der Anweisung mag seinen Rückgriff an wen Rechtens nehmen.

Den Anweisungen an Zahlungsstatt sind drei Artikel 2010 g. h. i. gewidmet, von denen der erste, welcher schon oben angeführt wurde, diese für bedingte Zahlung erklärt. Wird die Anweisung honorirt, so ist die ältere Schuld getilgt; wo nicht, nicht. Wenn aber der Nehmer dem Angewiesenen Frist gibt, sich mit ihm vergleicht oder compensirt, so gilt die Bedingung für eingetreten, die ältere Schuld ist getilgt, wogegen der Nehmer in die Forderung des Anweisers gegen den Angewiesenen eintritt, gleichsam als sei ihm solche übertragen. Art. 2010 h.

Den Anweisungen an Einzugsstatt sind zwei Artikel 2010 k u. l gewidmet, von denen der erstere, wie schon erwähnt, verfügt, daß diese Anweisungen nichts anderes sind als Aufträge zur Erhebung und Verrechnung des Erhobenen; der zweite, zugleich der letzte der ganzen Lehre, sagt, daß der Nehmer weder berechtigt noch verpflichtet ist, eine angewiesene Forderung auszuklagen oder an Dritte zu übertragen. Dieser Artikel wird gewöhnlich auf alle Anweisungen überhaupt bezogen, während Staatsrath Brauer, der Verfasser dieser Zusätze, in seinen Erläuterungen des badischen Landrechts (Carlsruhe 1810) 3. Bd. S. 720 ausdrücklich sagt, daß derselbe sich nur auf die „zum Einzug" gegebenen Anweisungen beziehen sollte. Von einem möglichen Rückgriff aus der Anweisung ist nicht die Rede, wie auch bei der angeführten Dreitheilung übersehen wurde, daß Anweisungen gegen einen baaren Werth gegeben werden können. Wenn diese von dem Angewiesenen nicht honorirt werden, wie dann? Es muß in diesem Fall, den das Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt, nach den oben §. 5 entwickelten Grundsätzen natürlicher Billigkeit entschieden werden, daß der Anweiser den erhaltenen Werth zurückzugeben verpflichtet ist. Auch darüber spricht das Gesetzbuch sich nicht aus, ob der Angewiesene, welcher die Anweisung angenommen hat, hierdurch dem Nehmer zur Zahlung verpflichtet ist? An der Bejahung dieser Frage sollte

Digitized by Google

man theils nach allgemeinen Grundsätzen, theils nach Art. 2010 nicht zweifeln; diese Ansicht ist in den Annalen der badischen Gerichte, Jahrgang 1847 S. 166 vertreten, die entgegengesetzte in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, 13. Jahrgang S. 463—467.

§. 11.

Uebertragung der Anweisung.

Bisher wurden die aus der Anweisung entspringenden Rechtsverhältnisse nach allen Seiten hin erörtert, es ergab sich aus dieser Erörterung insbesondere, daß für den Nehmer die Anweisung eine Vollmacht zur Erhebung des angewiesenen Betrags enthält; erst durch die Annahme der Anweisung von Seiten des Angewiesenen erhält er gegen diesen ein Forderungsrecht, das mittels einer Klage bei Gericht verfolgt werden kann. Wird aber die Anweisung nicht bezahlt, so hat er gegen den Anweiser diejenigen Rechte, die aus den besondern Verhältnissen, in Folge deren ihm die Anweisung behändigt wurde, hervorgehen. Alle diese Befugnisse kann der Nehmer der Anweisung entweder selbst ausüben oder an einen Andern übertragen. Im letztern Fall ist das Rechtsverhältniß, in welches er zu seinem Nehmer tritt, ebenfalls nach dem Uebereinkommen, in Folge dessen die Uebertragung stattgefunden hat, zu beurtheilen. Es kann nemlich diese Uebertragung stattfinden „zum Einzug," mithin in der Weise, daß der eingehende Betrag dem Geber gut gebracht werden soll, in welchem Fall ein reines Mandat vorhanden ist; der Geber haftet als Mandant für alle Auslagen und hat für die Mühewaltung die üblichen Gebühren zu entrichten, der Nehmer dagegen haftet als Mandatar für gehörige Sorgfalt bei Ausführung des erhaltenen Auftrags, er hat seinem Mandanten Rechnung zu stellen und ihm dasjenige, was er eingenommen hat, nach Abzug der Auslagen und Gebühren, herauszuzahlen. Es kann aber die Anweisung übertragen werden gegen einen Werth, den der Nehmer entweder sofort gibt oder zu geben verspricht; in diesem Fall erhebt der Nehmer den Betrag nicht für seinen Geber, sondern für sich selbst. Wird die Anweisung nicht honorirt, so müßte nach denselben Gründen der Billigkeit, aus welchen der Anweiser seinem Nehmer wegen Nichthonorirung der Anweisung haften muß, auch der Geber dem neuen Nehmer haften, wobei übrigens wie oben §. 5 vorausgesetzt wird, daß diesem nicht etwa der Vorwurf eigener Verschuldung gemacht werden kann; mit einem Wort das durch den Uebertrag begründete Verhältniß zwischen Geber und Nehmer ist durchaus analog dem durch Ausstellung der Anweisung zwischen Anweiser und Assignatar begründeten und oben schon erörterten Verhältniß. Es kann aber auch die Frage aufgeworfen werden, in welches Verhältniß tritt der neue Nehmer zu den übrigen betheiligten Personen, nemlich zu dem Angewiesenen und zu dem Anweiser? Die Antwort ist gegeben, sobald man in Betracht zieht, daß er ihnen gegenüber nur als Stellvertreter (entweder als Bevollmächtigter oder als Cessionar) des ersten Nehmers gilt; ist er Bevollmächtigter, so versteht sich ohnedies, daß er nur die Rechte seines Vollmachtgebers ausüben kann; ist er aber auch Cessionar, so hat er dennoch durch die Uebertragung nicht mehr Rechte erhalten können, als sein Cedent hatte, er muß sich daher alle Einreden gefallen lassen, welche dem Cedenten hätten entgegen gesetzt werden können.

Uebrigens kann der neue Nehmer die Zahlung in Empfang nehmen und dafür gültig quittiren; er kann auch, wenn die Zahlung nicht erfolgt, alle conservatorischen Maßregeln treffen, wie z. B. Zahlungsaufforderung (Protest) u. dgl. Kann er aber auch Klage gegen den Angewiesenen erheben.

Da die Klage nur ein Mittel ist, die Zahlung zu erhalten, so wüßte ich keinen Grund, warum man demjenigen, der zur Erhebung der Zahlung ermächtigt ist, für nicht ermächtigt halten sollte, das rechte Mittel zur Erreichung dieses Zweckes zu ergreifen. Wenn er aber nur Bevollmächtigter ist, so wird er auch nur Namens seines Vollmachtgebers die Klage erheben können. Kann er aber auch eintretenden Falls gegen den Anweiser klagen? Allerdings, da er durch den Uebertrag vollständig in die Rechte des ersten Nehmers eingesetzt ist, mithin auch dessen Rechte gegen den Anweiser muß geltend machen können, wobei freilich diesem unbenommen bleibt, alle Einreden, die er dem ersten Nehmer hätte entgegen setzen können, auch dem Cessionar entgegen zu setzen.

Man kann daher sagen: durch den Uebertrag der Anweisung, welchen der ursprüngliche Nehmer bewirkt, wird in den Rechtsverhältnissen zu den übrigen bei der Anweisung betheiligen Personen keine Aenderung bewirkt. Es ist nur an die Stelle des ursprünglichen Nehmers eine andere Person getreten, welche entweder als Bevollmächtigter durchaus nur gleich dem Vollmachtgeber gilt, oder als Cessionar diejenigen Rechte, welche dem Cedenten zustanden, ausübt. Der neue Inhaber der Anwei-

Digitized by Google

fung ist daher der Gefahr ausgesetzt, einer Zahlungsverweigerung aus Gründen, welche ihm durchaus fremd sind, zu begegnen; man kann ihm z. B. eine Compensationseinrede entgegensetzen, die aus einer Forderung des Angewiesenen an den ersten Nehmer entspringt. Geht er wegen Verweigerung der Zahlung an den Anweiser zurück, so kann dieser möglicher Weise entgegnen, er habe die Anweisung nur zum Einzug gegeben, oder er habe den für die Anweisung versprochenen Werth nicht erhalten u. dgl. Wenn der Inhaber solchen Gefahren ausgesetzt ist, so begreift es sich wohl, daß sich nicht leicht Jemand finden wird, der für eine so unsichere Erwerbung einen Werth geben wird, man wird dergleichen Anweisungen höchstens „zum Einzug" übernehmen wollen. Um dem Bedürfniß des kaufmännischen Verkehrs zu genügen, bedurfte die Anweisung einer Fortbildung nach zwei Richtungen: erstens mußte der Anweiser die Gewähr dafür übernehmen, daß die Anweisung bei Verfall werde bezahlt werden, zweitens mußte ein Mittel gefunden werden, welche sie bei dem Umlauf unabhängig von den besondern Beziehungen machte, welche zwischen den Personen, durch deren Hände sie ging, und dem Angewiesenen etwa obwalteten, damit nicht der Inhaber der Anweisung, welcher Zahlung bei dem Angewiesenen suchte, in die Gefahr kam, durch Einreden, welche ihm fremde Verhältnisse betrafen, zurückgewiesen zu werden. Aus der Combination dieser beiden Grundgedanken entwickelte sich die kaufmännische Anweisung, welche sich mithin einmal durch die Gewährleistung des Anweisers dann durch die Möglichkeit der Uebertragung, ohne den Nachtheilen der sonst üblichen Cession ausgesetzt zu sein, von der gewöhnlichen Anweisung unterschied.

§. 12.

II. Die kaufmännische Anweisung.

1. Die Gewährleistung.

Während die gewöhnliche Anweisung als eine Vollmacht zur Erhebung des darin benannten Betrags bei dem Angewiesenen aufzufassen ist, und der Nehmer aus derselben allein keine weitern Rechte ableiten, sondern, dem Angewiesenen gegenüber, höchstens die Rechte des Anweisers ausüben kann, dem Anweiser gegenüber aber genöthigt ist, auf das Verhältniß, in Folge dessen ihm die Anweisung behändigt wurde, zurückzukommen, um wenn die Anweisung nicht honorirt wird, von dem Anweiser zurückzuerhalten, was er für die Anweisung gegeben hat, läßt sich bei der kaufmännischen Anweisung schon eine Verpflichtung des Anweisers, die nicht honorirte Anweisung wieder einzulösen, erkennen. Diese Verpflichtung (Gewährleistung) beruht nicht auf dem Wortlaut der Anweisung, sie ist nicht ausdrücklich übernommen; es muß vielmehr eine stillschweigende Uebernahme derselben unterstellt werden. Diese Unterstellung bezieht sich darauf, daß der Anweiser einlösen werde, wenn der Angewiesene nicht zahlt; die Verpflichtung des Anweisers ist daher keine unbedingte, sondern abhängig von dem Benehmen des Angewiesenen; zahlt dieser, so kann der Anweiser nicht in Anspruch genommen werden; verweigert er die Zahlung, so muß der Anweiser dafür aufkommen. Seine Verbindlichkeit kann daher juristisch als eine bedingte aufgefaßt werden. Will der Nehmer gegen ihn auftreten, so muß er nachweisen, daß die Bedingung eingetreten ist, d. h. daß der Angewiesene die Zahlung verweigert hat. Dazu dient der Protest; dieser muß daher als eine Beurkundung darüber, daß die Zahlung gefordert, aber verweigert wurde, aufgefaßt werden. Man müßte zwar vom Standpunkt des gemeinen Rechts jedes andere Beweismittel über diese Thatsache zulassen; da sich aber die kaufmännische Anweisung nach dem Vorbild des gezogenen Wechsel ausgebildet hat, so ist man auch in dieser Beziehung dem einmal angenommenen Muster treu geblieben und hat kein anderes Beweismittel zugelassen. Es begreift sich übrigens, daß, wenn dieser Protest jeder Zeit erhoben werden könnte, darin kein Schutz für den Anweiser, sondern nur eine kostspielige und höchst lästige Formalität läge; erst dann hat der Protest einen Zweck, wenn er zu einer bestimmten Zeit erhoben werden muß, d. h. wenn die Versäumung dieser Zeit den Verlust des Rückgriffs auf den Anweiser zur Folge hat. Hierdurch ist der Nehmer der Anweisung und Jeder seiner Rechtsfolger genöthigt, innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Zahlung bei dem Angewiesenen zu fordern, und wenn sie nicht erfolgt, die Weigerung mittels des Protests beweislich zu machen; hierin liegt zugleich ein ausreichender Schutz der Interessen des Anweisers, insofern dadurch verhütet wird, daß er durch Nachlässigkeit Anderer in Schaden komme. Wenn man sich übrigens die Frage stellt, unter welcher Voraussetzung der Anweiser in Schaden kommen kann, so wird man zugestehen müssen, daß ein Schaden nur dann möglich ist, wenn der Anweiser für den Betrag einer Forderung die Anweisung ausgestellt, oder wenigstens dem Angewiesenen die Deckung übermacht hat; ohne die eine oder die andere Voraus-

Digitized by Google

setzung kann er durch die Verzögerung des Inhabers der Anweisung nicht in Schaden kommen, weil er dem Angewiesenen, der die Anweisung nicht honorirt, keine Vergütung zu leisten hat. Darf er aber den Werth, den er vom Nehmer erhalten hat, in der Tasche behalten und sich auf Kosten des Inhabers der Anweisung bereichern? Das französische Wechselrecht hat dieses Verhältniß berücksichtigt, und bei einer Verspätung des Protests den Aussteller nur unter den oben angegebenen beiden Voraussetzungen vom Rückgriff befreit. Code de c. Art. 170. Die deutschen Gesetzgebungen haben weniger auf dieses Verhältniß Rücksicht genommen, vielmehr den Aussteller allgemein vom Rückgriff befreit, wenn der Protest verspätet wurde; um das hierin liegende Unrecht auszugleichen, hat man eine Bereicherungsklage zugelassen. W.-O. §. 83. Hiernach ist die Verpflichtung des Ausstellers eines gezogenen Wechsels und der diesem nachgebildeten kaufmännischen Anweisung bedingt durch die Thatsache, daß der Inhaber die Zahlung bei dem Bezogenen resp. Angewiesenen gefordert und die Zahlungsverweigerung zur rechten Zeit und in gehöriger Form beweislich gemacht hat. Der Nehmer einer kaufmännischen Anweisung hat daher nicht nur eine Vollmacht, die Zahlung bei dem Angewiesenen zu erheben, sondern er hat auch für den Fall der Nichtzahlung das werthvolle Recht, den Anweiser in Anspruch zu nehmen, wobei er freilich denjenigen Vorschriften, von deren Beobachtung dieses Recht abhängig gemacht ist, genügen muß. Diese Vorschriften sind zuweilen irriger Weise so aufgefaßt worden, als seien durch dieselben dem Inhaber Verpflichtungen auferlegt; es ist aber klar, daß es in seinem Belieben steht, diese Vorschriften zu beobachten oder nicht, daß er mithin durch dieselben nicht gebunden, vielmehr nur die Ausübung eines Rechts von deren Beobachtung abhängig gemacht ist. Demnach können wir das Verhältniß zwischen Geber und Nehmer einer kaufmännischen Anweisung so auffassen, als habe der Geber die Gewähr dafür übernommen, daß der Angewiesene, wenn er zur rechten Zeit darum angegangen wird, zahlen werde. Zahlt er nicht, so muß unter der Voraussetzung, daß diese Thatsache zur rechten Zeit mittels des Protests beweislich gemacht ist, der Anweiser für das Interesse (id quod interest) aufkommen. Das Interesse stellt sich dar als der Werth der Wechselsumme an dem Ort und zu der Zeit der Zahlung nebst den wegen der Nichtzahlung erwachsenen Unkosten. So steht Alles mit den allgemeinen Principien in Einklang. Thöl §. 218 sub. No. III. 1. (S. 206) verwirft aber diese Auffassung, weil man nach römischem Recht nicht eine fremde Handlung (soll wohl genauer „die Handlung eines Dritten“ heißen) versprechen könne, quia factum alienum inutiliter promittitur l. 65. D. de fidejussoribus (46. 1).

vrgl. l. 38. §. 1. u. 2 & l. 50 pr. D. de V.O. (45. 1).

Diese Argumentation kann ich aber nicht gelten lassen; denn man könnte damit das ganze Wechselrecht, welches doch dem römischen Recht fremd ist, aufgeben. Sollte es denn keine Fortbildung im Recht geben? Sollte die Wissenschaft verurtheilt sein, ewig auf dem Standpunkt der römischen Juristen stehen zu bleiben? Das französische Civilgesetzbuch hat in Art. 1120 ausdrücklich anerkannt, daß man auch die Handlung eines Dritten versprechen dürfe; die Folge eines solchen Versprechens ist, daß man entschädigen muß, wenn der Dritte das Versprochene nicht leistet. Der Anwendungen dieses Satzes sind so viele, daß man kaum begreift, wie man im römischen Recht ohne denselben ausgekommen sein konnte; so z. B. wenn Jemand für einen Andern einen Vertrag abschließt und verspricht, daß Jener ihn gutheißen oder genehmigen werde. Sollte ein solches Versprechen nach römischem Recht nicht gültig sein? Die l. 38 D. l. c. gestattet ein solches Versprechen sub poena; die Strafe ist verwirkt, wenn der Dritte nicht genehmigt. Hiernach ist also das Versprechen selbst nicht wirkungslos, es war nur erforderlich, dasjenige was im Fall der Nichtleistung eintreten soll, in die Stipulation aufzunehmen. Es ist überhaupt fraglich, ob nicht dieses Fragment die bekanntlich sehr strenge Form der Stipulation im Auge hat, und ob nicht da, wo von dieser Form Umgang genommen wird, ein solches Versprechen eben so zulässig ist, wie jedes andere? Bürgschaften können eben so wohl als Versprechen eines factum alienum wie auch als bedingte Verbindlichkeiten aufgefaßt werden. Die erwähnte l. 38 wirft sogar die Frage auf, ob nicht in dem Versprechen, habere licere das Versprechen eines factum alienum liege?

Stipulatio ista hoc continet, ut liceat habere neo per quemquam omnino fieri quominus nobis habere liceat; quae res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes factorum, ut tibi habere liceat; videtur igitur alienum factum promisisse. Die Antwort, welche der römische Jurist auf diesen sich selbst gemachten Einwurf gibt, scheint mir nicht befriedigend. Er sagt, der Ver-

Digitized by Google

sprechende selbst ist verbunden, alles zu unterlassen, was etwa den ruhigen Besitz und Genuß beeinträchtigen könnte, auch seine Erben und andere Rechtsfolger seien hiezu verbunden. Geht aber das Versprechen des habere licere nicht viel weiter? Liegt nicht darin auch das Versprechen, ne per quemquam omnino fiat, quominus nobis habere liceat? Muß nicht der Verkäufer dafür gutstehen, daß Niemand die verkaufte Sache entwährt? Muß nicht der Verpachter, der Vermiether dafür einstehen, daß kein Dritter den ruhigen Genuß stört? Wird also nicht in dem habere licere ein factum alienum versprochen? Bemerkenswerth ist, daß derselbe römische Jurist, von welchem die l. 38 herrührt, an einer andern Stelle eine ganz andere Ansicht ausspricht. In l. 81. de V.O. (45. 1) sagt nämlich Ulpianus: Quoties quis „alium sisti“ promittit, nec adjicit poenam, quaeritur an committatur stipulatio? Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari, id quod interest sisti contineri; et verum est quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.

Hier scheint mir das richtige Princip ausgesprochen: Wer die Handlung eines Andern verspricht, ist verbunden, zu bewirken (id se acturum), daß der Andere das Versprochene thue. Wofern er dies nicht bewirkt, also sein Versprechen nicht erfüllt, so haftet er für das Interesse (id quod interest sisti contineri, Celsus ait; quod est verum). Die Gewährleistung ist nun nichts Anderes als das Versprechen, daß ein Anderer Etwas thue oder unterlasse; es ist Sache des Gewährsmanns zu bewirken, daß der Andere das Versprochene thue oder unterlasse; wofern er dies nicht bewirkt, haftet er für das Interesse. In unserm Fall soll der Anweiser bewirken, daß der Angewiesene die in der Anweisung enthaltene Summe zur bestimmten Zeit an dem bestimmten Ort zahle; zahlt dieser nicht, so muß der Anweiser das Interesse leisten. Es haben nun Gesetze oder Herkommen genau normirt, was unter „Interesse“ in diesem Fall zu verstehen ist, nämlich die angewiesene Summe nach Curs nebst Zinsen und Kosten. Hierin liegt durchaus nichts Singuläres, vielmehr entspricht diese Normirung durchaus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen: denn der Wechselcurs ist nichts Anderes als der Faktor zur Bestimmung des Werthes einer Summe, die an einem andern Ort gezahlt werden soll. War meine Anweisung in Frankfurt zahlbar, so hat der Aussteller, der z. B. in Leipzig wohnt, mich nur dann vollständig entschädigt, wenn er mir in Leipzig genau den Werth gibt, welcher der in Frankfurt angewiesenen Summe gleichkömmt. Zur Berechnung dieses Werths dient der Wechselkurs.

§. 13.

2. Ordre.

Wird eine Anweisung an die Ordre des Nehmers gestellt, so hat dieses den Sinn, daß der Angewiesene nicht nur an den Nehmer, sondern auch an denjenigen zahlen könne, dem dieser die Ordre zur Erhebung ertheilen werde. Demnach ist in dem Auftrag des Anweisers außer der bestimmten Person des Nehmers noch eine unbestimmte Person, deren Bestimmung jedoch dem Nehmer vorbehalten bleibt, zur Erhebung bezeichnet. Wird dieser Auftrag, sowie er ertheilt ist, von dem Angewiesenen angenommen, so macht er sich verbindlich, nicht allein an den Nehmer zu zahlen, sondern auch an denjenigen, welchem dieser die Ordre zur Erhebung ertheilen wird. Wenn nun der Nehmer eine solche Ordre irgend Jemanden ertheilt, so ist dieser kraft des ursprünglichen Auftrags und kraft der von dem Angewiesenen erfolgten Annahme des Auftrags ebenso wie der erste Nehmer zur Erhebung berechtigt; er steht mithin dem Anweiser und dem Angewiesenen nicht als Bevollmächtigter oder als Cessionar des ersten Nehmers gegenüber, sondern so als sei die Anweisung ursprünglich zu seinen Gunsten ausgestellt. Eben darum kann weder der Anweiser noch der Angewiesene ihm eine Einrede aus der Person des ersten Nehmers entgegen setzen; der neue Nehmer hat daher nicht zu fürchten, daß ihm die Zahlung aus Gründen, die ihn nicht berühren, verweigert werden könnte. Hierin liegt die praktische Bedeutung des Wortes „Ordre,“ wie dieses von Biener*) historisch nachgewiesen und von Thöl §. 299 nachdrücklich hervorgehoben wird. Viele andere Schriftsteller, ältere wie neuere, z. B. Scherer in seinem Handbuch des Wechselrechts 2. Bd. S. 304 und 305, Treitschke in seiner Encyklopädie 1. Bd. S. 454. 2. Bd. S. 51 und Bender in seinen Grundsätzen des deutschen Wechselrechts §. 362 theilen diese Ansicht, welche neuerdings wieder von Savigny in dessen Obligationenrecht 2. Bd. S. 92—108 in sehr geistvoller Weise entwickelt wird. Dieser berühmte Rechtslehrer zeigt uns, wie das

*) In dessen Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte und in dem Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 5 S. 241—255.

römische Recht wohl eine vollständige Uebertragung des Eigenthums an körperlichen Gegenständen, keineswegs aber der Obligationen kannte, zu welchen Auskunftsmitteln man daher genöthigt war, seine Zuflucht zu nehmen, um den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen; aber auch diese hatten ihre praktischen Schwierigkeiten, zu deren Beseitigung neue Formen erfunden wurden, die er unter dem Gesichtspunkt einer Verkörperung der Obligation zusammenfaßt. S. 99. Es mag nun allerdings richtig sein, daß eine folgerichtige Anwendung der Grundsätze, welche das deutsche Recht von jeher über das Eigenthum an beweglichen Gegenständen aufstellte, zu der heutigen Theorie der an Ordre oder an den Inhaber gestellten Papiere führte, Während nach dem römischen Grundsatz, Niemand kann mehr Rechte auf einen Andern übertragen, als er selbst hat, die Vindikation von beweglichen Gegenständen, die Jemand von einem Nichteigenthümer erworben hat, zugelassen wurde, hat das deutsche Recht sie nach dem Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ da ausgeschlossen, wo Jemand sie in redlicher Weise, wenn auch von einem Nichteigenthümer erworben hat. Die Mängel des vorausgehenden Besitzers, der die Sache nur leihweise oder aus einem andern das Eigenthum nicht übertragenden Titel von dem Eigenthümer erhalten hat, schaden dem Nachfolger nicht. Dadurch wurde eine große Gefahr im Verkehr mit beweglichen Sachen beseitigt. Es lag nun sehr nahe, den gleichen Grundsatz um des nämlichen Zweckes willen auch auf die Uebertragung der Obligationen anzuwenden.

War eine Obligation in einer Form constituirt, welche den Willen des Constituenten, sie für den Verkehr tauglich zu machen, ausdrückte, was bei den an Ordre oder an den Inhaber gestellten Papieren nach den ältesten Zeugnissen der Fall war, so sollte ein redlicher Erwerber nicht unter den Mängeln des Rechtsbestandes seines Vorgängers leiden; die Obligation sollte wie eine bewegliche Sache von einer Hand in die andere übergehen, ohne durch die besondern Verhältnisse alterirt zu werden, in welchen Einer oder der Andere, durch dessen Hand die Obligation gegangen war, zu dem Obligirten stand. Diese besondere Verhältnisse waren res inter alios, selbst wenn sie in nächster Beziehung zu der Obligation standen, gerade so wie die körperliche Sache von einer Hand in die andere übergeht, ohne Rücksicht darauf, in welchem Rechtsverhältniß der Vorgänger rücksichtlich dieser Sache zu dem Eigenthümer stand. Wenn man die in dergleichen Fällen sich ergebenden Collisionen weiter verfolgt, so dürfte man zu dem Resultat gelangen, daß sie sämmtlich sich in die Frage auflösen, welchem von zweien Grundsätzen man die Oberhand einräumen will, ob dem Grundsatz, „Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat“ oder dem andern, gewiß ebenso wahren und allgemein gültigen Satz: inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt. Der eine Grundsatz schützt die Rechte des Einzelnen, der andere dagegen die der Gesammtheit; das römische Recht räumt dem ersten, das deutsche dem zweiten das Uebergewicht ein. Jenes gestattet die Vindikation beweglicher Sachen aus dritter Hand, welche dieses versagt; jenes gestattet dem Schuldner, dem Rechtsfolger des Gläubigers alle Einwendungen entgegenzusetzen, die er dem ersten Gläubiger entgegensetzen konnte; dieses versagt ihm, wenigstens für eine gewisse Klasse von Obligationen, diese Einreden, wenn sie auch, dem ersten Gläubiger gegenüber, mit voller Wirkung hätten vorgebracht werden können. Wo bei einem an Ordre oder Inhaber gestellten Papier, das für eine Spielschuld ausgestellt wurde, würde nach römischem Recht der ursprüngliche Mangel der Obligation jedem Nachfolger des ersten Gläubigers entgegenstehen, mithin der Einzelne auf Kosten irgend eines Dritten geschützt; nach modernen Rechtsbegriffen ist das Verhältniß, dem das Papier seine Entstehung verdankt, eine res inter alios, welches dem Inhaber des Papiers nicht entgegengesetzt werden kann, und hierdurch wird das Publikum allerdings auf Kosten des Einzelnen geschützt. Das moderne Recht hat aber nicht vermocht, seine Rechtsanschauung im Großen und Ganzen durchzuführen, sie konnte sich vielmehr, gegenüber der Autorität des römischen Rechts, nur ausnahmsweise da Bahn brechen, wo ein unabweisbares Bedürfniß vorlag. Die Beweglichkeit des Handelsverkehrs ertrug die starre Fessel des römischen Grundsatzes nicht mehr; aber die in der Schule des römischen Rechts gebildeten Juristen wollten diesen nicht aufgeben. Da erfand man das sinnreiche Auskunftsmittel, welches dem Bedürfniß Rechnung trug, ohne dem Grundsatz zu nahe zu treten.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schweiger in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 42.**

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

(Fortsetzung.)

Die für den kaufmännischen Verkehr bestimmten Urkunden wurden an die Ordre des ersten Nehmers gestellt; hierdurch war derjenige, zu dessen Gunsten der erste Nehmer die Ordre ertheilte, kraft des ursprünglichen Vertrags in gleicher Weise wie der erste Nehmer berechtigt; er erschien nicht als dessen Rechtsfolger, der nur so viel Rechte haben konnte als sein Vorgänger, sondern als ursprünglicher Contrahent, weil er in der Urkunde mittels des Wortes „Ordre" wenn auch nicht genannt, doch wenigstens so bezeichnet war, daß die wenn auch später erfolgte Verfügung des ersten Nehmers nur als Ergänzung dieser Bezeichnung angesehen zu werden brauchte. So ward es möglich, dem Bedürfniß Rechnung zu tragen, ohne den Grundsatz des römischen Rechts zu opfern. Freilich war man mit dieser Theorie noch nicht sehr weit vorangeschritten, da streng genommen nur eine Person, nemlich diejenige, zu deren Gunsten der erste Nehmer verfügte, als ursprünglicher Contrahent angesehen werden konnte. Eine weitere Verfügung war nicht möglich, ohne gegen den römischen Grundsatz zu verstoßen. Und in der That bezeugen auch die historischen Ueberlieferungen, daß man anfangs nur Eine Verfügung gestattete, vrgl. hierüber Biener l. c. Später ist man aber darüber hinaus gekommen, indem man dieselbe Fiktion, welche man zu Gunsten des zweiten Nehmers erdacht hatte, auf einen dritten, vierten, fünften Nehmer u. s. w. ausdehnte.

Dieses geschah in der Weise, daß die Verfügung, welche der erste Nehmer zu Gunsten des zweiten traf, ebenfalls „an Ordre„ gestellt wurde, so daß die Verfügung des zweiten Nehmers als in der Verfügung des ersten enthalten angesehen werden konnte. Die Verfügung des ersten Nehmers bildete aber, wie wir oben gesehen haben, vermöge der Bedeutung, welche man dem Worte „Ordre" beilegte, einen Theil der ursprünglichen Uebereinkunft, mithin trat die Verfügung des zweiten Nehmers als in der Verfügung des ersten enthalten, ebenfalls in das ursprüngliche Rechtsverhältniß ein, und so ging es fort durch alle Personen, zu deren Gunsten weiter verfügt wurde, insofern nur in allen Verfügungen das Wort „Ordre" gebraucht wurde. Fehlte dieses Wort in der getroffenen Verfügung, so hörte von da an die Fiktion auf, die weitern Verfügungen galten dann entweder als civilrechtliche Uebertragungen, bei welchen der römische Grundsatz zur Anwendung kam, oder gar nur als Bevollmächtigungen. Vrgl. Bender l. c. S. 580 bis 82. Diese Ansicht hat in den meisten ältern Wechselgesetzgebungen ihren Ausdruck gefunden, wie man sich aus dem bei Thöl §. 239 in f. (S. 318) angeführten Verzeichnisse überzeugen kann; ihr gebührt jedenfalls das Verdienst, der Autorität des römischen Rechts gegenüber die Interessen des Verkehrs geschützt zu haben. Es darf übrigens nicht verschwiegen werden, daß schon einige ältere Wechselgesetzgebungen bei den im Handel üblichen Papieren die gleichen Wirkungen ohne Rücksicht auf das Wort „Ordre" eintreten ließen, wie aus Thöl l. c. Note 12 zu ersehen ist, und daß in neuester Zeit auch die allgemeine deutsche Wechselordnung von dem Beisatz des Wortes „Ordre" Umgang genommen hat. Dagegen hat dieses neueste Gesetz die Bedeutung des Wortes „Ordre" indirekt dadurch anerkannt, daß es dem Indossament die wechselrechtliche Wirkung entzieht, wenn ein Wechsel „nicht an Ordre" gestellt ist.

Vrgl. den zweiten Absatz des §. 9 der allg. deutschen Wechselordnung.

Digitized by Google

Die traditionelle Bedeutung des Wortes „Ordre" hängt sonach mit dem Indossament zusammen, zu welchem wir nunmehr übergehen.

§. 14.

Das Indossament.

Der Wortlaut des Indossaments ist sehr dürftig: „Für mich an die Ordre des K. Werth erhalten."

Datum. Unterschrift.

Zum Verständniß desselben bedürfen wir nothwendig einer Ergänzung, welche nach Thöl §. 233 aus dem Wortlaut italienischer, englischer und französischer Indossamente mittels der Worte „zahlen Sie" (pagate, pay, payez) geschieht. Hiernach würde das vervollständigte Indossament lauten: „Zahlen Sie für mich an die Ordre des K." Während sonach die Anweisung den Auftrag des Ausstellers, an den Nehmer zu zahlen, enthält, würde dieser mittels des Indossaments den Auftrag geben, an den Indossatar zu zahlen; und gleichwie die ursprüngliche Anweisung für den Nehmer als Vollmacht dient, den Betrag bei dem Angewiesenen in Empfang zu nehmen, so dient das Indossament dem Indossatar zu dem nämlichen Zweck. Die Aehnlichkeit erstreckt sich aber noch weiter: Sowie bei der kaufmännischen Anweisung, ohne daß diese irgend eine Andeutung dafür enthält, eine Gewährleistung des Anweisers für den richtigen Eingang der Anweisung unterstellt wird, so wird auch bei dem Indossament unterstellt, der Indossant hafte unter den nämlichen Voraussetzungen, wie der Anweiser dafür, daß die Anweisung bei Verfall bezahlt werde. Und gerade hierin liegt wieder ein sehr sinnreiches Mittel, den Umlauf dieser Art von Papieren zu fördern, indem jeder Nehmer nicht allein die Sicherheit, welche sein Geber bereits besaß, überkömmt, sondern eine weitere Sicherheit mittels der Gewährleistung, die sein Geber übernimmt, erhält; er kann darum, auch wenn er Aussteller und Indossanten nicht kennt, ein solches Papier lediglich im Vertrauen auf seinen Geber nehmen, oder umgekehrt, wenn er auch seinem Geber nicht traut, das Papier im Vertrauen auf Aussteller oder Indossanten nehmen. Es liegt nämlich, und dieses Moment darf nicht übersehen werden, in dem Indossament nicht nur eine Anweisung, sondern auch eine freilich nicht in Worten ausgedrückte Uebertragung: mittels des Indossaments überträgt der Indossant diejenigen Rechte, welche er bereits besitzt, an den Indossatar. Thöl §. 232 bestreitet zwar, daß das Indossament eine Cession sei, und er hat insofern Recht, als die Wirkungen des Indossaments nicht mit den gemeinrechtlich feststehenden Wirkungen der Cession übereinstimmen; gleichwohl wird man zugeben müssen, daß Thöls Erklärung in §. 232, als sei das Indossament eine neue Tratte, welche sich an die alte anschließt, darum nicht ausreichend ist, weil sie nicht erklärt, wie es kömmt, daß der Indossatar alle Rechte des Indossanten gegen Aussteller, frühere Indossanten und Acceptanten hat. Diese erwirbt er offenbar mittels des Indossaments. Wir sind daher gezwungen, anzunehmen, daß der Indossant diese Rechte mittels des Indossaments auf den Indossatar überträgt; so faßt die allgemeine deutsche Wechselordnung §. 9 das Verhältniß auf. Es mag nun gerechtfertigt sein, wenn man diese Uebertragung nicht als Cession gelten lassen will; es fehlte aber der Wissenschaft bisher an einem andern Ausdruck, und so mag es verzeihlich sein, wenn man sich des Wortes „Cession" bediente, um damit überhaupt eine „Uebertragung" zu bezeichnen.

Welche Rechte werden durch das Indossament übertragen?

1) Die Rechte des Indossanten gegen den Anweiser. Wir haben oben §. 12 gesehen, daß der Anweiser für die Zahlung der Anweisung haften muß; dieser Verbindlichkeit des Anweisers entspricht das Regreßrecht des Nehmers. Mittels des Indossament überträgt er dieses Recht auf den Indossatar.
2) Die Rechte gegen den Angewiesenen. Wenn die Anweisung, ehe sie begeben wurde, von dem Angewiesenen angenommen wird, so hat der Nehmer ein Klagrecht gegen diesen auf Zahlung der Anweisung (s. oben §. 6). Dieses Recht überträgt er mittels des Indossaments auf den Indossatar. Wird die Anweisung erst später, nachdem sie bereits indossirt ist, acceptirt, so erwirbt derjenige Indossatar, welcher die Anweisung zum Accept vorzeigt, Rechte aus diesem Accept. Indossirt er weiter, so überträgt er diese Rechte dem Indossatar.
3) Die Rechte gegen frühere Indossanten. Der Indossant übernimmt stillschweigend die Verbindlichkeit, für den richtigen Eingang der Anweisung zu haften, unterliegt daher eintretenden Falls dem Regreß des Indossatars; kann dieser aber auch gegen frühere Indossanten Regreß nehmen? Die Bejahung dieser Frage erleidet keinen Zweifel,

Digitized by Google

wenn wir unterstellen, der Indossant habe mittels des Indossaments seine Rechte dem Indossatar übertragen. Indem diese Uebertragung sich bei jedem Indossament wiederholt, erhält der letzte Indossatar die Rechte aller seiner Vorgänger, mithin auch Rechte gegen alle Vorgänger, weil Jeder derselben, indem er weiter indossirte, zugleich die Gewähr für die richtige Zahlung der Anweisung übernommen hat.

Das Indossament ist daher nicht nur als neue Tratte oder neue Anweisung, wie Thöl meint, sondern zugleich auch als Uebertragung aller der Rechte, welche der Indossant bereits besaß, aufzufassen.

§. 15.

Ungers Ansicht.

In einer sonst vortrefflichen Schrift, „die rechtliche Natur der Inhaberpapiere von Dr. Joseph Unger, Leipzig 1857, wird S. 111 die Ansicht vertreten, als beruhe der Verkehr mit Ordre- und Inhaber-Papieren auf der Novation und zwar auf der s. g. novatio qualificata mit Wechsel der Person des Gläubigers, nämlich auf der Delegation. Der Verfasser macht sich freilich selbst den Einwand, daß zur Delegation die Einwilligung und sogar die Mitwirkung des Schuldners erforderlich sei, während bei dem Verkehr mit Ordre- und Inhaber-Papieren eine solche Mitwirkung nicht vorkömmt. Diesem Einwand sucht er S. 114 und 115 dadurch zu begegnen, daß er annimmt, der delegirte Schuldner habe mittels Ausstellung des Ordre- oder Inhaber-Papiers dem Nehmer die Vollmacht ertheilt, Namens seiner mit irgend einem Dritten den novirenden Vertrag abzuschließen. Wenn nun der erste Nehmer das Ordre- oder Inhaber-Papier übertrage, so liege darin der Abschluß der Delegation sowohl von seiner Seite wie auch Namens des delegirten Schuldners. Zugleich wird aber auch unterstellt, die dem ersten Nehmer ertheilte Vollmacht gehe mittels des nämlichen Aktes auf den zweiten Nehmer über, von diesem auf den dritten und so auf jeden folgenden, so daß jeder Nehmer auch als Bevollmächtigter des Schuldners erscheint und Namens desselben den novirenden Vertrag abschließen kann. Diese Aufstellung ist sehr sinnreich und besonders geeignet, nach römisch rechtlichen Begriffen zu erklären, warum der Schuldner dem zweiten Nehmer nicht die Einreden, welche aus Verhältnissen zu dem ersten Nehmer abgeleitet sind, entgegensetzen kann. Das römische Recht sieht in der Delegation eine Novation, mittels welcher die alte Verbindlichkeit aufgehoben und an deren Stelle eine neue übernommen wird: delegatione personae rite facta jure novationis vetustior contractus evanuit l. 2. 3. C. de Novat. (8. 42) l. 27 D. h. t. (46. 2). Es versteht sich darnach von selbst, daß der Schuldner dem Gläubiger nicht solche Einreden entgegensetzen kann, die sich auf die alte Verbindlichkeit, welche bereits getilgt ist, beziehen. Aber gerade darin liegt, wie mir scheint, ein Grund, welcher der Anwendung der aufgestellten Theorie im Wege steht. Wird bei der Begebung der Ordre- und Inhaber-Papiere die alte Verbindlichkeit aufgehoben, so fallen damit alle Nebenrechte, wie Hypotheken, Bürgschaften, Pfänder (l. 18 de novat. 46. 2), was gewiß nicht der Intention der Contrahenten entsprechen, und den Verkehr der Inhaberpapiere, für welche nicht selten Hypotheken bestellt sind, aufs empfindlichste benachtheiligen würde. Man kann hier nicht einmal damit nachhelfen, daß man annimmt, die Vollmacht des Schuldners erstrecke sich auch auf neue Constituirung der Hypotheken; denn diese erfordert die Beobachtung gewisser Formen, z. B. Eintragung in die Hypothekenbücher, welche unmöglich bei jeder Begebung wiederholt werden kann. Außerdem sind wir, weil die alte Verbindlichkeit wegen der Novation erloschen ist, gezwungen, bei jeder Delegation die Constituirung einer neuen Verbindlichkeit anzunehmen; diese neue Verbindlichkeit datirt erst von dem Tag der Begebung. Wie wenn aber inzwischen die angebliche Vollmacht in Folge eingetretener Ereignisse, wie z. B. Tod, Falliment, Entmündigung des Schuldners erloschen ist? Oder wie wenn er aus bösem Willen die Vollmacht widerrufen wollte? Diese Theorie würde den Gläubiger vollständig abhängig vom Schuldner machen.

Wendet man diese Theorie auf Indossamente an, welche der Verfasser S. 117 ebenfalls für Delegationen erklärt, so stößt man auf mindestens ebenso große Schwierigkeiten. Jede Begebung enthält eine Novation, d. h. eine Tilgung aller bisherigen Verbindlichkeiten, an deren Stelle eine neue Verbindlichkeit tritt. Mithin werden durch die Begebung alle frühere Indossanten frei; nur die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners wird mittels der vermutheten Vollmacht erneut. Bei dem eigenen Wechsel würde der Aussteller verhaftet sein, die Indossanten aber nicht; auf Anweisungen oder gezogene Wechsel, welche etwa vor dem Accept indossirt werden,

Digitized by Google

läßt sich die Theorie überhaupt nicht anwenden, weil es an einem Schuldner, mit dem die Delegation abgeschlossen werden könnte, fehlt. Der Verfasser scheint dies auch selbst gefühlt zu haben; denn er sagt in der Note 17 auf S. 117: „Es wird hier vorausgesetzt, daß eine bereits acceptirte Tratte indossirt wird; würde eine noch „nicht acceptirte Tratte indossirt, so läge darin eine „Weiterbegebung des Auftrags, von dem Traffaten sich „zahlen und protestiren zu lassen.“ Hiernach gibt der Verfasser zu, daß das Indossament einer nicht acceptirten Tratte nicht als Delegation aufgefaßt werden kann; man darf aber wohl, ohne fehlzugehen, annehmen, daß das Indossament, als solches, sein Wesen oder seine eigentliche Natur nicht ändert, mag es auf eine acceptirte oder auf eine nicht acceptirte Tratte oder Anweisung gesetzt werden. Ohnedies kann man aus den Anweisungen und Tratten nie ersehen, mit welchen Indossamenten sie zu der Zeit, als sie acceptirt wurden, versehen waren, und schon deßwegen ist man genöthigt, von jeder deßfallsigen Unterscheidung zu abstrahiren. Wenn nun das Indossament vor dem Accept keine Delegation sein kann, wenn auch zwischen diesem Indossament und demjenigen, das erst nach dem Accept erfolgt, kein Unterschied gemacht werden kann, so würde daraus folgen, daß das Indossament überhaupt nicht als Delegation aufgefaßt werden kann.

Uebrigens verdient hervorgehoben zu werden, was der römische Jurist Paulus in l. 19 D. de novationibus (46. 2) als Grund dafür, daß bei der Delegation der delegirte Schuldner die Einreden, welche er gegen den Delegaten hatte, nicht auch dem Delegatar entgegensetzen kann, anführt: quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire potitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est: aut etiam, si sciat, dissimulare debet ne curiosus videatur et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. Ein Dritter kann nicht wissen, welche Verhältnisse zwischen dem Delegaten und dem Delegaten bestehen, und selbst wenn er sie kennte, müßte er sich stellen, als wisse er nichts u. s. w. Dieser Grund paßt nicht für Delegationen allein, sondern für alle Uebertragungen und würde, auf diese angewendet, zur Folge haben, daß der Grundsatz, welchen das römische Recht nur für Delegationen aufstellt, auf alle Uebertragungen ausgedehnt werden müßte. Es erscheint hiernach gerechtfertigt, wenn das moderne Recht wenigstens da, wo ein unabweisbares Bedürfniß des Verkehrs vorliegt, den für Delegationen geltenden Grundsatz des römischen Rechts auf andere Uebertragungen ausgedehnt hat.

§. 16.

Form der kaufmännischen Anweisung.

Der bisherigen Ausführung zufolge unterscheidet sich die kaufmännische Anweisung nach zwei Richtungen von der gewöhnlichen, erstens durch die Gewährleistung des Anweisers und zweitens durch die Möglichkeit, dieselbe in eigenthümlicher Weise (mittels Indossament) zu übertragen. Es ergibt sich hieraus von selbst die Nothwendigkeit, sie auch äußerlich kenntlich zu machen, damit man wisse, welche Anweisungen als kaufmännische zu betrachten seien. Merkwürdigerweise blieb aber gerade in diesem Punkt Theorie und Praxis gleichweit von der richtigen Erkenntniß dessen, was Noth that. Aeltere wie neuere Schriftsteller lehrten, die kaufmännische Anweisung sei diejenige, welche von Kaufleuten in Handelsgeschäften ausgestellt werde. Vrgl. Bender Grundsätze des deutschen Wechselrechts 2. Bd. §. 386. Mittermaier deutsches Privatrecht 4. Ausg. §. 507. Thöl Handelsrecht §. 127. Auch das preußische Landrecht enthält, wie man gleich sehen wird, eine ähnliche Bestimmung. Wie soll man aber nun im täglichen Verkehr die eine von der andern unterscheiden? Ob der Aussteller ein Kaufmann ist, kann man mittels Erkundigung erfahren; ob aber die Anweisung für ein Handelsgeschäft ausgestellt sei, läßt sich wohl kaum ermitteln. Bei der Circulation solcher Papiere ist der dritte Inhaber in Gefahr, sein Recht von einem Umstand abhängig zu sehen, der in der That bedeutungslos für ihn ist. Ob ein Geschäft, das zwischen andern Personen abgeschlossen wurde, als Handelsgeschäft angesehen wird, ist nicht allein eine res inter alios, sondern kann auch unter Umständen höchst zweifelhaft sein; selbst darüber, ob der Aussteller nach seinen Heimathsgesetzen als Kaufmann zu betrachten ist, können Zweifel obwalten. Und doch ist es für den Inhaber nothwendig, ohne weitläufige Nachforschung zu wissen, ob er im Fall der Nichtzahlung Protest erheben muß, ob er den Rückgriff auf Indossanten und Aussteller hat u. s. w. In neuester Zeit haben einige Gesetzgebungen die Nothwendigkeit erkannt, kaufmännische Anweisungen von andern mittels eines äußern Zeichens zu unterscheiden; und hierin scheint mir das baierische Gesetz v. 29. Juni 1851 den glücklichsten Wurf gethan zu haben, indem es das

Digitized by Google

Wort „Ordre“ als Unterscheidungszeichen aufstellte. Einmal wird mit diesem Wort schon seit Jahrhunderten die Indossirbarkeit, also diejenige Eigenschaft ausgedrückt, welche der kaufmännischen Anweisung unentbehrlich ist; dann ist dieses Wort in der kaufmännischen Welt so allgemein gebräuchlich, wie neuerlich Bleyer in dem Archiv für Wechselrecht Bd. 5. S. 241 und ff. nachgewiesen hat, daß im Handelsverkehr nicht leicht eine Anweisung ohne dasselbe vorkommen wird. Es bleibt daher nur zu wünschen, daß eine ähnliche Bestimmung in das allgemeine Handelsgesetzbuch, dessen zweite Lesung eben stattfindet, aufgenommen werde.

Außer dem Wort „Ordre,“ welches wenigstens der allgemeine Handelsgebrauch angenommen hat, versteht es sich von selbst, daß die kaufmännische Anweisung die Verfallzeit angeben muß, weil sonst der Inhaber nicht weiß, wann er die Anweisung zur Zahlung vorzeigen, und wann er im Nichtzahlungsfalle protestiren soll? Im übrigen stimmt die Form der kaufmännischen Anweisung mit der bereits oben angegebenen Form der gewöhnlichen Anweisung überein.

§. 17.

Formalact.

Wenn nun die kaufmännische Anweisung diejenige Form hat, welche Gesetz oder Herkommen vorschreiben, so treten auch bezüglich derselben alle Rechtsfolgen ein, insbesondere haftet der Anweiser, als Gewährsmann, für die richtige Zahlung derselben, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Nehmer vielleicht nur zum Eingang gegeben hat. Es überwiegt bei dieser Art von Urkunden, welche für den Verkehr bestimmt sind, das allgemeine Interesse vor dem des Einzelnen: es soll kein Dritter, der die Urkunde im Weg der Indossirung erwirbt, durch die besonderen Verhältnisse, unter welchen die Urkunde ausgestellt oder indossirt worden ist, benachtheiligt werden. Der Aussteller und die Indossanten haften jedem Dritten, an den die Urkunde im regelmäßigen Weg übergegangen ist, als Gewährsmänner; die besonderen Verabredungen bei der Ausstellung oder Indossirung haben unter den Pactscenten ihre volle Wirkung, aber dritten Personen können sie nicht entgegengesetzt werden, für sie sind sie res inter alios acta. Wer sich daher der Form der kaufmännischen Anweisung bedient, wird angesehen, als übernehme er die Gewährleistung für die Zahlung derselben, trotz entgegenstehender Nebenberedung; diese hat ihre Wirkung nur unter denen, welche sie abgeschlossen haben. Streng genommen, läßt sich diese Rechtsfolge schon aus der Fiktion ableiten, welche man mit dem Worte „Ordre“ verbunden hat, vrgl. oben §. 13; aber wenn sich auch nachweisen ließe, daß die ganze Theorie historisch sich an dieses Wort knüpfte, so hat man doch im Lauf der Zeiten die und da z. B. in dem preußischen Landrecht kein Gewicht mehr auf dasselbe gelegt, und die Rechtsfolge ohne Rücksicht auf dasselbe eintreten lassen. Hierdurch hat die Urkunde einen von andern Urkunden unterschiedenen Character erhalten. Während die Bedeutung der Urkunden überhaupt nur darin liegt, daß durch sie ein Willensakt beurkundet und eben dadurch die Möglichkeit geboten wird, denselben erforderlichen Falls zu beweisen, weßhalb Urkunden juristisch als Beweismittel betrachtet werden, erzeugt die kaufmännische Anweisung eine Rechtsfolge, welche darin gar nicht beurkundet ist, und diese Rechtsfolge tritt sogar auch dann ein, wenn die Partheien sie gar nicht beabsichtigt haben. Hierin liegt eine so starke Abweichung von den sonst für Verträge geltenden Principien, daß man für nöthig hielt, sich nach Analogieen im römischen Recht umzusehen, und man war auch so glücklich, in der stipulatio und literarum obligatio ein Analogon zu finden. Aus den darüber angestellten Forschungen von Liebe, Bähr und Andern erhellt, daß man nach römischem Recht jede beliebige Verbindlichkeit in die Form der stipulatio einkleiden und dadurch von ihrem Entstehungsgrund (von der causa) vollständig unabhängig machen konnte. Bei der Ueberweisung (delegatio) scheint sogar diese Form denselben Zweck erfüllt zu haben, welchen bei uns die Indossamente der an Ordre gestellten Papiere erfüllen sollen, indem dadurch das Mittel gegeben war, allen Einreden aus fremden Rechtsverhältnissen zu entgehen. Allerdings weist dieses auf ein Bedürfniß des Verkehrs hin, welches sich bei dem einen Volke in dieser, bei dem andern in jener Weise Bahn bricht; es läßt sich aber nicht verkennen, daß denselben der gemeinsame Gedanke zu Grunde liegt, eine bestimmte Form zu schaffen, deren Anwendung an und für sich den ernstlichen Willen zur Uebernahme einer bestimmten Verbindlichkeit beurkunden soll, so daß der Gebrauch der bestimmten Form, abgesehen von dem etwa entgegenstehenden Willen der Partheien, stets dieselbe Rechtsfolge erzeugt. In neuerer Zeit nennt man dergleichen Rechtshandlungen Formalakte, oder auch formelle Verträge im Gegensatz zu den materiellen Verträgen, bei

Digitized by Google

welch letztern das, was die Partheien im einzelnen Fall gewollt haben (die Absicht derselben), allein maaßgebend ist, während bei jenen diese Absicht stets aus der gebrauchten Form gefolgert und der Beweis einer entgegenstehenden Absicht, wenigstens Dritten gegenüber, nicht einmal zugelassen wird. Auch darin unterscheiden sich diese Formalakte von andern, daß der Entstehungsgrund der Verbindlichkeit (die caussa), Dritten gegenüber, nicht in Betracht gezogen, und daher die Verbindlichkeit nicht etwa deßwegen, weil ihr eine verbotene oder unmoralische caussa zu Grunde liegt, für unwirksam erklärt wird. Weiter jedoch erstreckt sich die Abweichung nicht, namentlich nicht auf die Beziehungen unter den Contrahenten selbst; für diese sind die allgemeinen Regeln maaßgebend und unter ihnen äußern die Mängel der caussa ihre volle Wirkung. Gerade hieraus geht, wie mir scheint, hervor, daß der ganzen Theorie nur die Rücksicht auf den Verkehr zu Grunde liegt, und dieselbe, wie schon oben §. 13 hervorgehoben wurde, in dem Ueberwiegen des Grundsatzes, inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt ihre natürliche Erklärung findet. Eine Urkunde, welche in den Verkehr kommen soll, kann von dritten Personen nur nach ihrem Inhalt beurtheilt werden; Verabredungen, welche außerdem statt gefunden haben, welche aber in denselben nicht ausgedrückt sind, können dritten Personen nicht entgegengehalten werden. Ebensowenig können diese durch einen Mangel der caussa berührt werden, weil sonst der Unschuldige für den Schuldigen leiden müßte, und die Möglichkeit eines solchen Nachtheils den Verkehr stören würde. Politische Rücksichten haben daher diese Theorie hervorgerufen, und es scheint mir die Aufgabe der Wissenschaft, dieselbe mit dem allgemeinen Rechtssystem in Einklang zu bringen, nicht aber, wie es leider nicht selten geschieht, sie durch starres Festhalten an den gewohnten Regeln auszustoßen und dadurch die Wissenschaft in einen für sie selbst nachtheiligen Gegensatz mit den Bedürfnissen des Lebens zu bringen.

§. 18.

Direkte und Gewährleistungsklage.

Sobald man einmal anerkennt, daß der Gebrauch einer bestimmten Form eine bestimmte Rechtsfolge erzeugt, so muß es auch an dieser Form genügen, um die Rechtsfolge in Anspruch nehmen zu können, mit andern Worten, es muß eine Klage aus der Form (nach Analogie der actio ex stipulatu) gestattet sein, während sonst jeder Anspruch, der vor Gericht verfolgt werden will, durch die Thatsachen, denen er seine Entstehung verdankt, begründet werden muß. Wenden wir dieses auf die kaufmännische Anweisung an, so findet aus derselben und ohne daß es nöthig wäre, andere Thatsachen anzuführen, eine Klage gegen den Angewiesenen, der die Anweisung acceptirt hat, oder wofern diejenigen Bedingungen, unter welchen die Gewährleistung von Seiten des Anweisers und des Indossanten übernommen wurde, vorhanden sind, die Gewährleistungsklage gegen diese statt. Man kann die erste wohl die direkte oder Hauptklage, die andere die subsidiäre nennen: denn die Klage gegen den Angewiesenen entspringt aus der Annahme des ihm ertheilten Auftrags, während die Gewährleistungsklage nur in dem Fall stattfindet, wenn der Angewiesene nicht zahlt, daher eine Zurückweisung des ertheilten Mandats voraussetzt; diese Voraussetzung muß bekanntlich mittels des Protests bewiesen werden. Dieser Protest ist aber, wie wir oben gesehen haben, nichts anderes, als eine öffentliche Urkunde, durch welche dargethan wird, daß die Zahlung gefordert, aber nicht geleistet wurde. Es ist auch schon darauf aufmerksam gemacht worden, daß diese Thatsache nicht in jeder sonst zulässigen Weise, z. B. durch Privaturkunden bewiesen werden kann, vielmehr hiezu nur eine öffentliche Urkunde, deren Form ebenfalls durch Gesetz oder Herkommen normirt ist, zugelassen wird.

Es versteht sich dabei von selbst, daß aus dieser Urkunde erhellen muß, daß die Zahlung zur rechten Zeit gefordert wurde, weil sonst, d. h. wenn die Zahlung in jeder beliebigen Zeit gefordert und bei nicht erfolgender Zahlung der Rückgriff genommen werden könnte, der Gewährsmann ganz und gar von dem Belieben des Inhabers der Urkunde abhängig wäre. Man hat schon früh die Nothwendigkeit eingesehen, die Gewährleistung auf den Fall zu beschränken, wenn die Zahlung nicht zur Verfallzeit erfolgt, wobei freilich Gesetz und Herkommen wieder mancherlei Abweichungen mittels Gnadenfristen (Respekt-, Diskretionstage) zuließen; in neuerer Zeit ist man davon zurückgekommen. Das französische Recht bestimmt den Tag nach dem Verfalltag, die deutsche Wechselordnung den Verfalltag oder die beiden folgenden Werktage zur Aufnahme des Protests.

Jede Verspätung hat zur Folge, daß die Gewährleistung erlischt, ohne Rücksicht darauf, ob die Verspätung einen wirklichen Nachtheil brachte oder nicht. Auch

Digitized by Google

hierin tritt die formale Natur des Protests in den Vordergrund; die Rechtsfolge tritt ohne Berücksichtigung der materiellen Verhältnisse je nach gewissen äußerlichen Merkmalen ein. Es darf aber deßhalb über der Form nicht das Wesen verkannt werden; die Form hat ihre Berechtigung lediglich in dem Schutz der materiellen Interessen, welchen sie gewährt: es ist daher nothwendig, sich die Gründe zu vergegenwärtigen, sowohl um den Sinn der Form zu begreifen, als auch damit die Wissenschaft nicht in dem Formalismus untergehe.

Kommen wir nunmehr auf die Anweisung zurück, so deutet ihr Inhalt schon auf den Gang, welchen sie gehen soll. Der Anweiser gibt dem Angewiesenen den Auftrag, einem Dritten zu zahlen; es ist daher der Angewiesene, welcher zunächst zur Zahlung berufen ist. An diesen hat sich der Dritte zu wenden, um die Zahlung zu erhalten: hat er acceptirt, so findet gegen ihn die direkte oder Hauptklage statt; hat er nicht acceptirt, so kann eine Klage gegen ihn nur dann möglich sein, wenn er dem Anweiser den Betrag schuldig ist. In diesem Fall würde die Anweisung als Vollmacht zur Erhebung des Geldes, zugleich auch als Prozeßvollmacht zu betrachten sein (vrgl. oben §. 6). Wenn der Angewiesene nicht zahlt, so können die Gewährsmänner in Anspruch genommen werden. Soweit nun die Klage auf der Form beruht, ist dem Beklagten gestattet, sich in derselben Weise zu vertheidigen, indem er z. B. sich darauf beruft, die vorliegende Urkunde sei keine kaufmännische Anweisung, der Protest sei verspätet und dgl. mehr; aber er kann auch auf materielle Verhältnisse eingehen, insofern diese den Kläger betreffen, z. B. er habe dem Kläger die Anweisung zum Eingang gegeben, der Kläger sei ihm den Werth der Anweisung schuldig geblieben oder der Kläger sei ihm aus ganz andern Gründen ebensoviel oder noch mehr, als er fordert, schuldig. Er kann auch den Entstehungsgrund der Anweisung (die caussa), insoweit der Kläger dabei betheiligt ist, als Motiv ihrer Ungültigkeit oder Unwirksamkeit geltend machen, z. B. sie sei für eine Spielschuld ausgestellt, wenn Kläger selbst der Spieler oder nur eine vorgeschobene Person des Spielers ist; ist Kläger aber eine dritte, unbetheiligte Person, so kann gegen ihn diese Einwendung nicht erhoben werden. Alles dies folgt aus den festgestellten Principien und ist überdies durch das positive Recht, wie sich gleich zeigen wird, sanktionirt.

§. 19.

Preußisches Recht.

Das preußische Landrecht bespricht in dem neunten Abschnitt des 8. Titels des zweiten Theils die Handelsbillets und die kaufmännischen Assignationen; unter diesen versteht es diejenigen Anweisungen, welche ein Kaufmann in Handlungsgeschäften ausstellt. §. 1251. Die praktischen Nachtheile dieser Begriffsbestimmung sind oben schon erwähnt.

In §. 1266 werden für das Verhältniß zwischen Aussteller und Empfänger (in dieser Stelle wird der Nehmer „Empfänger" genannt, während er bei den gewöhnlichen Anweisungen als „Angewiesener" bezeichnet wurde, s. z. B. §. 259 des 16. Titels im ersten Theil) die früher für gewöhnliche Anweisungen gegebenen Vorschriften für maaßgebend erklärt; dadurch werden eigentlich die §§. 1261—65 überflüssig, da diese mit den §§. 261—265 des 16. Titels im ersten Theil übereinstimmen. Bezüglich der Form der kaufmännischen Anweisung wird in §. 1267 mehr nicht verlangt, als daß daraus, erhelle, wer die Zahlung leisten und empfangen solle, auf wie hoch und von wem die Anweisung ausgestellt worden. Das Datum und die Unterschrift wird als selbstverständlich nicht erwähnt; auch nicht die Zahlungszeit, vielmehr bestimmt §. 1268, der Nehmer solle bei Einziehung der Anweisung vorzüglichen Fleiß anwenden, was in den §§. 1269—81 näher dahin präcisirt wird: er soll

1) bei Vermeidung des Schadenersatzes die Annahme der Anweisung nachsuchen, §. 1277, und wofern diese verweigert wird, die Anweisung dem Anweiser, wenn dieser an demselben Orte wohnt, sofort zurückgeben, §. 1273; wo er aber nicht an demselben Orte wohnt, Protest aufnehmen und diesen mit nächster Post versenden, §. 1274;
2) ferner zur gehörigen Zeit die Zahlung nachsuchen, §. 1269—72, und wo diese verweigert wird, Protest aufnehmen und demjenigen, an den er den Regreß nehmen will, davon sofort Nachricht geben, §. 1280 vrgl. mit §. 1110 und 1047;
3) endlich soll er sogar, wenn der Anweiser nicht an demselben Orte wohnt, bei Vermeidung des Verlusts des Rückgriffs Klage gegen den Angewiesenen anstellen und so lange fortführen, bis der Anweiser im Staude ist, weitere Verfügung zu treffen.

Digitized by Google

Man darf übrigens aus diesen Verpflichtungen des Nehmers nicht schließen, daß das Gesetzbuch ihn als Mandatar des Anweisers betrachtet; es sind vielmehr, wie aus den §§. 1277, 1281, 82 und 88 zu entnehmen ist, diese Verpflichtungen nur als Bedingungen des Rückgriffs aufzufassen. Kommt nämlich, sagt §. 1282, der Protest innerhalb der bestimmten Frist zurück, so muß der Anweiser die Anweisung unwiderlich zurücknehmen. War diese zur Tilgung einer Schuld gegeben, so steht dem Nehmer frei, seine Forderung so geltend zu machen, als sei das Assignationsgeschäft gar nicht geschehen, §. 1283; wurde aber für die Anweisung ein Werth gegeben, so kann gegen Rückgabe derselben die Erstattung der gezahlten Summe nebst Zinsen und Kosten begehrt werden, §. 1284. Sind dagegen die Fristen zur Aufnahme und Versendung des Protests versäumt, oder ist dem Angewiesenen irgend eine Nachsicht gestattet worden, so haftet der Anweiser nur als Bürge für den ohne sein Verschulden entstandenen Ausfall, §. 1288.

In den §§. 1289—1294 sind die Beziehungen des Angewiesenen zu dem Inhaber der Anweisung, wie zu dem Anweiser, ganz so wie bei der gewöhnlichen Anweisung festgestellt: Ehe der Angewiesene die Anweisung angenommen hat, kann der Aussteller dieselbe widerrufen, §. 1292, hat er aber angenommen, so muß er an den Inhaber der Anweisung zahlen, und kann sich nicht auf die an den Aussteller geleistete Zahlung berufen, §. 1293; auch andere Einwendungen, die ihm etwa gegen den Aussteller zustehen, kann er nach erfolgter Annahme dem Inhaber der Anweisung nicht entgegensetzen, §. 1294.

Hier ist der Ausdruck „Inhaber“ wie es scheint, absichtlich gebraucht, im Gegensatz zu §. 266 des 16. Tit. im 1. Theil, wo für gewöhnliche Anweisungen dieselbe Bestimmung, jedoch nur bezüglich des Nehmers, getroffen ist. Der wesentliche Unterschied zwischen der gewöhnlichen und der kaufmännischen Anweisung tritt hier in der Weise hervor, wie er oben §. 12 und 13 entwickelt ist, wiewohl nirgends vorgeschrieben ist, daß die kaufmännische Anweisung an „Ordre“ gestellt werden muß. Auch kann sie, ohne an „Ordre“ gestellt zu sein, indossirt werden §. 1299, in welchem Fall das Verhältniß zwischen dem Indossanten und Indossatar analog dem Verhältniß zwischen Aussteller und Nehmer zu beurtheilen ist, §. 1301. Bezüglich des Regresses verfügt das Gesetzbuch, daß an den Orten, wo den kaufmännischen Anweisungen das Wechselrecht beigelegt ist, die von Wechseln geltenden Vorschriften eintreten, §. 1302; sonst hat der Inhaber nur die Wahl, sich an den unmittelbaren Vormann oder an den Aussteller zu halten, §. 1303, wobei vorausgesetzt wird, daß die Vorschriften bezüglich der Aufnahme und Versendung des Protestes gehörig beobachtet, und die Klage gegen den Angewiesenen, eintretenden Falls angestellt und soweit nöthig fortgesetzt wurde.

Wie sich hier die kaufmännische Anweisung bereits ausgebildet hat, weicht sie von dem Wechsel in so unbedeutenden Momenten ab, daß man wohl begreift, wie man bei Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung ein Bedürfniß für Beibehaltung solcher Anweisungen nicht anzuerkennen vermochte, und daher den ganzen von denselben handelnden Abschnitt aufhob. Vgl. Einführungsgesetz vom 6. Januar 1849 §. 9, bei Klette l. c. S. 5 und Gelpke Zeitschrift für Handelsrecht 2. Heft S. 77 und ff.

Anders dagegen in den übrigen deutschen Ländern, in welchen die kaufmännische Anweisung entweder noch ganz und gar unausgebildet von dem gezogenen Wechsel sehr weit absteht, wie z. B. in dem Großherzogthum Baden, oder vermöge unabweisbarer Bedürfnisse des Verkehrs sich in ganz bestimmter Richtung neben dem Wechsel ausgebildet, und bis in die neueste Zeit erhalten hat, wie in Sachsen und in Frankfurt am Main, oder eine bestimmte Gattung von Wechseln (die nicht acceptabeln) ersetzen soll, wie in dem Königreich Baiern. Die Gesetzgebung dieser Länder bedarf daher einer besondern Erwähnung.

§. 20.

Andere Gesetzgebungen.

Das badische Handelsgesetzbuch, eine Uebersetzung eines Theils des Code de commerce, hat ebenso wie das badische Civilgesetzbuch Zusätze erhalten, welche in den Art. 190–206 von Handelszetteln handeln. Unter diesem Ausdruck versteht nämlich das Gesetzbuch wechselähnliche Zahlungszusagen unter Handelsleuten oder für Handelsgeschäfte mit der Absicht ausgestellt, nicht den Förmlichkeiten und der Strenge der Wechsel zu unterliegen, Art. 190.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. **No. 43.**

I.

Die Anweiſung und der gezogene Wechſel.

(Fortſetzung.)

Der Standpunkt des Geſetzgebers tritt hier klar und unzweideutig hervor. Handelszettel ſollen weder den Förmlichkeiten noch der Strenge der Wechſel unterworfen ſein, daher wird kein Proteſt erfordert, und findet kein Perſonalarreſt ſtatt. Art. 190 und 196. Hierdurch wären die Handelszettel hinreichend von den Wechſeln unterſchieden und man hätte ein praktiſch brauchbares Papier, wenn der Geſetzgeber hier ſtehen geblieben wäre; aber er ging viel weiter. „Handelszettel auf benannte Perſonen, ſo werden die kaufmänniſchen Anweiſungen genannt, ſind nichts anderes als formloſe Erhebungsvollmachten; deren Abgabe durch Rückſchrift (Indoſſament) gilt für Afterbevollmächtigung“, ſagt Art. 194. Und als ob es damit nicht ſchon genug wäre, wird in Art. 196 noch hinzugefügt: „Handelszettel auf beſtimmte Perſonen ſind Anweiſungen an Einzugsſtatt,“ d. h. Anweiſungen, welche zum Einzug gegeben werden, vrgl. oben §. 10; ſie können, heißt es daſelbſt weiter, an Andere zur Erhebung abgegeben, ihnen aber nicht für eigen zugeſchrieben werden; ſie unterliegen, wenn ſie nicht ausdrücklich an Zahlungsſtatt gegeben und genommen worden ſind, dem auftindenden Widerruf des Ausſtellers, ſie machen die Inhaber zu Gewalthaber und Aftergewalthaber des Ausſtellers; dieſe werden durch den Umlauf zu nichts und gegen den Ausſteller nur dazu verbindlich, daß ſie in der geſetzlichen Zeit die Erhebung bewirken, oder die Zettel an den Ausſteller zurückſchicken.“ Das Geſetz betrachtet hiernach den Nehmer einer kaufmänniſchen Anweiſung als Mandatar des Ausſtellers, und legt ihm die Verbindlichkeit auf, den Einzug der ihm übergebenen Anweiſung in der geſetzlichen Zeit zu bewirken. Dieſe Zeit beſtimmt Art. 197 für diejenigen Zettel (Anweiſungen), welche keine Zahlungszeit enthalten, auf ein Jahr, für diejenigen, welche einen Verfalltag haben, auf das Doppelte der in Art. 165 für den Rückgriff bei Wechſeln vorgeſchriebenen Friſt (14 Tage, wenn derjenige, auf welchen man zurückgreift, in einer Entfernung von nicht mehr als 10 Stunden wohnt; für jede weitere Entfernung von 5 Stunden wird ein Tag zugeſetzt). Durch das Einführungsgeſetz vom 19. Februar 1849 iſt ſtatt deſſen die in Art. 78 der allg. d. Wechſelordnung geſetzte Friſt von drei, ſechs und achtzehn Monaten beſtimmt worden. vrgl. Kletke S. 108. Unterbleibt die Rückſendung der Anweiſung länger, ſo wird der Inhaber Eigenthümer der Schuldforderung und Schuldner des Ausſtellers für deren Betrag, und kann ſich deßhalb allein an den angewieſenen Schuldner halten. So lautet Art. 197. Hiernach wird vorausgeſetzt, daß die Anweiſung „auf Schuld“ gegeben iſt, d. h. daß der Ausſteller für den Betrag Gläubiger des Angewieſenen iſt. Wo dieſes aber nicht der Fall iſt? Soll der Ausſteller die erhaltene Valuta behalten und ſich mit dem Schaden des Inhabers bereichern dürfen? Wie ſonderbar iſt auch die Beſtimmung, daß der Inhaber, welcher nur Mandatar iſt, wenn er eine Friſt verſäumt, Eigenthümer wird! Als Mandatar kann er nach der Beſtimmung des Art. 2010 l. nicht gegen den Angewieſenen klagen; hat er aber die Friſt verſäumt, ſo kann er ſich nur noch an dieſen halten, mithin muß er gegen ihn klagen können. Ein Regreß unter den Indoſſanten findet nicht ſtatt, ebenſowenig ein Proteſt. Die Gerichtspraxis iſt ſogar darüber ſchwankend, ob eine Klage gegen den Acceptanten ſtatt findet, ſo daß man wohl kaum darüber im Zweifel ſein kann, daß dieſes ganze Inſtitut höchſt unpraktiſch iſt. Auch hat der Verkehr keine Notiz von dieſen geſetzlichen Beſtimmungen genommen; die

Digitized by Google

Kaufleute richten sich nach den in Frankfurt am Main üblichen Normen. Dort war schon durch die Wechselordnung vom Jahr 1739 den für Wechsel an Zahlung gegebenen Anweisungen Wechselrecht beigelegt, was die Praxis auf alle Anweisungen, die im Handel vorkamen, ausdehnte. Hierdurch sah sich die Gesetzgebung veranlaßt, die Wechselklage aus allen Anweisungen, welche an Ordre gestellt oder acceptirt waren, zu gestatten.

vrgl. Frankfurter Prozeß-Ordnung vom 30. December 1819, Art. 78.

Bei Einführung der allg. d. Wechselordnung hat man beide Bestimmungen, sowohl die der alten Wechsel- wie auch die der Prozeß-Ordnung beibehalten, jedoch mit dem Zusatz, daß die acceptirten, sowie die an Ordre gestellten Anweisungen den Erfordernissen, welche die allg. d. Wechselordnung in Art. 4 No. 2—8 für gezogene Wechsel vorschreibt, entsprechen, und der Inhaber alle Vorschriften beobachten müsse, welche dem Inhaber eines gezogenen Wechsels durch die allg. d. Wechselordnung vorgeschrieben sind.

vrgl. das Einführungsgesetz vom 27. März 1849 bei Kletke S. 148.

Das gleiche Bedürfniß des Verkehrs hat in dem Königreich Sachsen zu dem Mandat vom 23. Dezember 1829, welches die im Handel und bei dem Geschäftsbetrieb der Fabrikanten gebräuchlichen Anweisungen den gezogenen Wechseln hinsichtlich des Regresses gegen Aussteller und Indossanten und hinsichtlich der Intervention gleichstellt, geführt. Vrgl. Treitschke, Encyklopädie 1. Bd. S. 128. Nach Einführung der allg. d. Wechselordnung wurden durch ein Gesetz vom 7. Juni 1849 die kaufmännischen Anweisungen den gezogenen Wechseln gleichgestellt; Anweisungen gelten aber dann für kaufmännische, wenn sie der in §. 4 No. 2—8 der allg. d. Wechselordnung vorgeschriebenen Form entsprechen, und in ihrer Fassung (im Context) als Anweisung bezeichnet sind. Diese Anweisungen, fährt das Gesetz fort, werden nicht zur Annahme präsentirt; geschieht dies, so ist der Bezogene nicht verpflichtet, sich darauf zu erklären und der Inhaber nicht befugt, wegen Verweigerung der Annahme Protest zu erheben und den Rückgriff zu nehmen. Wird aber die Anweisung acceptirt, so entsteht daraus dieselbe Verbindlichkeit, wie aus der Acceptation einer Tratte. Vrgl Kletke S. 283. Hiernach müssen kaufmännische Anweisungen ebenfowohl wie Wechsel an Ordre gestellt sein; dennoch können sie wie diese indossirt werden, auch findet der persönliche Verhaft in demselben Maaß wie bei Wechseln stattzufinden, so daß kaum ein anderer Unterschied als rücksichtlich des Rückgriffs wegen verweigerter Annahme besteht. In dem Großherzogthum Sachsen-Weimar ist unter dem 3. August 1849 ein beinahe gleich lautendes Gesetz ergangen; die einzige Abweichung bezieht sich auf die Wechselhaft, welche nur gegen den Acceptanten einer Anweisung statt findet. s. Kletke S. 332.

In dem Königreich Baiern ist dagegen unter dem 29. Juni 1851 ein Gesetz erlassen worden, welches sich der hier aufgestellten Theorie am meisten nähert. Nach Art. 1 sind kaufmännische Anweisungen den gesetzlichen Bestimmungen über gezogene Wechsel unterworfen, insoweit nicht das Gesetz etwas anderes verordnet. Unter kaufmännischer Anweisung wird nach Art. 2 eine Urkunde verstanden, welche in dem Text als Anweisung bezeichnet, mit den in Art. 4 No. 2—8 der allg. d. Wechselordnung aufgeführten Erfordernissen versehen und überdies auf „Ordre" gestellt ist. Nach Art. 3 kann bei diesen Anweisungen kein Rückgriff wegen verweigerter Annahme genommen werden; werden sie aber acceptirt, so haftet der Acceptant wie bei der Annahme eines gezogenen Wechsels, mit der Beschränkung jedoch, daß kein Wechselarrest statt findet, da dieser durch Art 6 bei kaufmännischen Anweisungen überhaupt ausgeschlossen ist. Dieses Gesetz scheint mir eben so sehr den Ansprüchen der Theorie wie dem praktischen Bedürfniß zu entsprechen: Die kaufmännische Anweisung unterscheidet sich leicht und auf den ersten Blick sowohl von der gewöhnlichen Anweisung durch das Wort „Ordre" wie auch von dem gezogenen Wechsel durch das Wort „Anweisung." Ebenso sind die Folgen verschieden: sie ist nicht acceptabel, und hilft insofern einem praktischen Bedürfniß ab, dagegen ist sie gleich dem Wechsel indossabel und bietet dem Nehmer die Gewährleistung des Ausstellers und der Indossanten, wogegen er aber auch den Vorschriften rücksichtlich des Protests und der Verjährung unterworfen ist. Will aber der Aussteller den Rückgriff und die kostspieligen Retourrechnungen vermeiden, so kann er eine gewöhnliche Anweisung ausstellen, welche gleich einer Vollmacht den Nehmer zum Eingang ermächtigt, wogegen dieser ihm den Werth erst nach Eingang übermachen wird. Sonach ist Raum für alle drei Rechtsinstitute; jedes hat seine besondere Sphäre: die gewöhnliche Anweisung kann da gebraucht werden, wo man Jemanden nur mit dem Einzug einer

Digitized by Google

ausstehenden Forderung beauftragen will, die kaufmännische Anweisung dann, wenn man ein negotiables (indossirbares) Papier schaffen, aber sich entweder dem Personalarrest oder dem Rückgriff wegen Mangel der Annahme nicht unterwerfen will; endlich der gezogene Wechsel, dann, wenn man in jeder Beziehung die volle Strenge des Gesetzes walten lassen will. Wie dieser sich zur kaufmännischen Anweisung verhält, davon soll nun die Rede sein.

§. 21.

III. Der gezogene Wechsel.

Der gezogene Wechsel stimmt vielfach mit der Anweisung überein, nicht gerade als ob er sich historisch aus dieser entwickelt habe, sondern in der Weise, daß man bei der rechtlichen Beurtheilung desselben von den für Anweisungen maßgebenden Gesichtspunkten ausgehen kann. Der Anweisung liegt ein Mandat zu Grunde, ebenso dem gezogenen Wechsel. Das Mandat geht bei beiden übereinstimmend dahin, dem Nehmer eine bestimmte Summe zu zahlen; beide enthalten ein mandatum aliena gratia. Beide ermächtigen den Nehmer, die bestimmte Summe bei dem, der mit der Zahlung beauftragt ist, zu erheben; beide können daher als Legitimationsurkunden (Vollmachten) für Erhebung der bestimmten Summe aufgefaßt werden. Diese Vollmacht kann bei beiden im Interesse des Geberś oder des Nehmers ausgestellt worden sein; im ersten Fall ist der Nehmer ein Mandatar, welcher für seinen Mandanten eine Summe erheben und diesem abzüglich seiner Auslagen und Gebühren zubringen soll*), im zweiten Fall dagegen kann er die Summe für sich und zu seinem eigenen Besten erheben, und ist eben darum zur Erhebung wohl berechtigt, keineswegs verpflichtet: sowie die erhobene Summe sein unbedingtes und unbeschränktes Eigenthum ist, worüber er nach Belieben schalten und walten kann; so auch die Urkunde, welche ihn zur Erhebung ermächtigt. Er ist unbedingter Herr derselben, er kann sie benutzen, wie und wann er will; nur bezüglich des Rückgriffs wegen Nichthonorirung der Vollmacht muß er sich die aus allgemeinen Principien fließende Einwendung, er habe die Nichthonorirung selbst verschuldet, gefallen lassen. Diese Einwendung kann zu weitläufigen Erörterungen und zu den verschiedenartigsten Entscheidungen führen, wodurch das Bedürfniß sich fühlbar machte, denselben durch einfache und feste Normen zuvorzukommen. Der Rückgriff wurde bei dem gezogenen Wechsel an fest bestimmte Voraussetzungen geknüpft, sei es nun durch Uebung, Gerichtsgebrauch oder durch die Gesetzgebung, während die gewöhnliche Anweisung sich keiner solchen Fortbildung zu erfreuen hatte; höchstens hat man hinterher ähnliche Regeln für die im kaufmännischen Verkehr vorkommenden Anweisungen angenommen, woraus die s. g. kaufmännische Anweisung entstanden ist. Der gleiche Unterschied tritt bezüglich der Begebung hervor: die Anweisung blieb auf die Grundsätze des gemeinen Rechts beschränkt, während der Umlauf des Wechsels dadurch begünstigt wurde, daß man eine neue Form der Begebung erfand, auf welche die Grundsätze des gemeinen Rechts nur unter bedeutenden Modifikationen angewendet wurden. Diese Fortbildung, welche das eine Rechtsinstitut im Lauf der Zeit erfahren, hat zwar sehr bedeutende Unterschiede erzeugt; es ist aber, meines Erachtens, die Natur und das Wesen des Wechsels nicht so verändert worden, daß nicht noch heutigen Tags der übereinstimmende Grundcharakter, das mandatum aliena gratia, in beiden erkannt werden könnte. Der Aussteller des gezogenen Wechsels ist gleich dem Anweiser Mandant, der Bezogene gleich dem Angewiesenen Mandatar, der Remittent ist gleich dem Assignatar die Person, zu deren Gunsten das Mandat gegeben wurde. Die Rechtsverhältnisse unter diesen verschiedenen Personen stimmen im Wesentlichen überein: Was oben §. 2 für das Verhältniß zwischen Anweiser und Angewiesenen gesagt ist, kann vollständig auf das Verhältniß zwischen Aussteller und Bezogenen, ebenso dasjenige, was in §. 6 für das Verhältniß zwischen Nehmer und Angewiesenen ausgeführt ist, wörtlich auf das Verhältniß zwischen dem Remittenten und dem Bezogenen angewendet werden; dagegen erleidet dasjenige, was bezüglich des Verhältnisses zwischen Anweiser und Nehmer in den §§. 3. 4. 5 gesagt ist, bei der Anwendung auf das Verhältniß zwischen Aussteller und Remittenten eine Modification, deren Bedeutung schon bei der kaufmännischen Anweisung hervorgehoben wurde (s. §. 12). Der Aussteller des gezogenen Wechsels übernimmt gleich dem Aussteller der kaufmännischen Anweisung stillschweigend die Gewähr dafür, daß der Bezogene den Wechsel bei Verfall zahlen werde. Diese Gewährleistung ist es, durch welche sich der gezogene Wechsel und die kaufmän-

*) Jacobi, Wechsel, vgl. Thl I §. 213 Note 7 und §. 216 Nr. 6 (S. 216).

Digitized by Google

nische Anweisung von der gewöhnlichen Anweisung unterscheiden; zwischen dem gezogenen Wechsel und der kaufmännischen Anweisung tritt aber der Unterschied hervor, daß der Aussteller des gezogenen Wechsels auch dafür, daß der Bezogene den Wechsel annehmen werde, Gewähr leistet, der Aussteller der kaufmännischen Anweisung aber nicht. Das preußische Landrecht stellt zwar, wie wir oben §. 19 gesehen haben, beide auch hierin gleich, die neuern Gesetze dagegen halten diesen Unterschied, der nicht auf theoretischen Gründen, sondern auf einem praktischen Bedürfniß beruht, fest. Der persönliche Verhaft und der schnelle Prozeßgang (der Wechsel-Prozeß) sind wohl Eigenthümlichkeiten des Wechsels, berühren aber nicht dessen juristische Natur, mit der wir es hier allein zu thun haben.

Auch darin stimmen die drei Rechtseinstitute, von welchen hier die Rede ist, mit einander überein, daß in allen dreien der Zahlungsauftrag unter der Modifikation gegeben ist, daß der Beauftragte die Zahlung nur „gegen die Urkunde," i. e. „gegen Auslolgung der Urkunde" leisten solle. Hieraus ergibt sich, daß die Urkunde nicht wie jede andere Rechtsurkunde bloss Beweismittel ist, sondern daß sie für denjenigen, der die Zahlung erheben will, noch eine weitere Bedeutung hat: er kann ohne die Urkunde die Zahlung nicht erlangen. Daraus hat sich denn einerseits die Gewohnheit gebildet, alle darauf bezüglichen Beurkundungen, wie Accept, Aval, Indossament mit der ursprünglichen Urkunde so zu verbinden, daß sie mit derselben nur eine einzige Urkunde bilden, andererseits hat sich das Bedürfniß fühlbar gemacht, Vorsorge dafür zu treffen, daß der Verlust der Urkunde nicht auch den Verlust des Rechts nach sich ziehe. Zu diesem Zwecke gestatten die Gesetze, z. B. das französische Handelsgesetzbuch und die allg. d. Wechselordnung denjenigen, der einen Wechsel verloren hat, sich ein zweites Exemplar (ein Duplikat) zu verschaffen, indem sie den Aussteller sowohl wie die Indossanten für verbunden erklären, ihre frühern Erklärungen zu wiederholen. Das französische Recht geht noch weiter: es gestattet dem Verlierer auch ohne Duplikat bei dem Bezogenen die Zahlung zu fordern, vorausgesetzt daß er durch seine Bücher bei Gericht sein Eigenthumsrecht an dem verlorenen Wechsel nachweist und Sicherheit stellt. Code de c. Art. 152. Zahlt der Bezogene nicht, so kann er Protest erheben und den Rückgriff nehmen, Art. 153 ibid. Nach der allg. d. Wechselordnung §. 73 ist dem Verlierer gestattet, die Amortisation des verlorenen Wechsels zu beantragen und nach Einleitung des Amortisationsverfahrens unter Bestellung angemessener Sicherheit Zahlung vom Acceptanten zu fordern. War aber der Wechsel nicht acceptirt? Darf der Bezogene zahlen? Findet, wenn er nicht zahlt, ein Rückgriff auf Aussteller und Indossanten statt? In den Erläuterungen der allg. d. Wechselordnung S. 198 verneint Liebe diese Fragen.

§. 22.

Der Wechselvertrag.

Der gezogene Wechsel ist eine Urkunde, d. h. der Ausdruck des Willens des Ausstellers derselben. Der Wille als etwas Innerliches, Geistiges und eben darum nicht Wahrnehmbares, erhält erst durch den Ausdruck juristische Bedeutung. Der Ausdruck kann mündlich oder schriftlich (auch durch Zeichen) geschehen. Der Wechsel ist ein schriftlicher Ausdruck des Willens dessen, von dem er herrührt, eine Urkunde. Was wird aber durch denselben beurkundet? In dem gezogenen Wechsel wird, wie in der Anweisung, von dem Aussteller ein Auftrag an den Bezogenen ertheilt, einer dritten Person eine bestimmte Summe zu zahlen; der gezogene Wechsel enthält daher zunächst ein mandatum aliena gratia. Insofern er der darin genannten Person eingehändigt wird, erhält sie mittels desselben eine Vollmacht oder eine Ermächtigung, die darin benannte Summe bei dem Bezogenen zu erheben. Mehr ist in dem Wechsel nicht beurkundet; die Theorie unterstellt aber eine weitere Verbindlichkeitsübernahme von Seiten des Ausstellers: es wird angenommen, er leiste stillschweigend dem Nehmer Gewähr dafür, daß der Bezogene den Wechsel annehmen und zahlen werde. Diese Verbindlichkeitsübernahme erfolgt, der Theorie zufolge, in dem Moment, da der Aussteller dem Nehmer den Wechsel übergibt. In diesem Akt der Uebergabe sieht die Theorie den Abschluß eines Vertrags zwischen Geber und Nehmer des Wechsels: dieser Vertrag wird Wechselvertrag genannt. Er wird nicht expressis verbis geschlossen, ja man kann kaum annehmen, daß sich die Contrahenten dessen bewußt sind; die Theorie unterstellt vielmehr den Abschluß dieses Vertrags, um daraus die durch Gesetz oder langjährige Uebung eintretenden Folgen zu erläutern, d. h. die Handlung der betheiligten Personen auf einen Grund zurückzuführen, der nach den allgemein anerkannten Principien des Rechts gerade diese Folgen mit sich bringt. Es mag diese Bemühung der Theorie

Digitized by Google

den Praktikern vielleicht sehr überflüssig erscheinen, aber der Verfasser dieser Schrift hat sich aus einer langjährigen Praxis überzeugt, wie unentbehrlich die Theorie in allen Fällen ist, für welche ein deutlicher Ausspruch des Gesetzes, oder eine feste Gewohnheit mangelt; in solchen Fällen ist man genöthigt, aus den gegebenen Gesetzen oder feststehenden Gewohnheiten die allgemeinen Grundsätze abzuleiten, um darnach ein Princip für die Entscheidung der streitigen Fragen zu gewinnen. So z. B. ist man bei der Frage: ob Zinsen in einem eigenen Wechsel versprochen werden können? auf die Natur und das Wesen des Wechsels zurückgegangen, um je nach der Ansicht, die man hierüber gewann, eine bejahende oder verneinende Entscheidung zu geben.

vrgl. Archiv für d. Wechselrecht Bd. 3 S. 62, Bd. 5 S. 341, Bd. 6 S. 1—17.

Es ist nun die Aufgabe der Theorie, hierin der Praxis vorzuarbeiten, die Natur und das Wesen der Rechtsinstitute nach allen Richtungen hin zu durchforschen, ihre Eigenthümlichkeiten festzustellen, die allgemeinen Principien aufzusuchen und die Regeln festzustellen, nach welchen im Fall der Collision derselben zu verfahren ist. So nimmt die Theorie an, der Aussteller eines gezogenen Wechsels schließe in dem Moment, in welchem er den Wechsel dem Nehmer übergibt, einen Vertrag mit diesem, kraft dessen er für Annahme und Zahlung des Wechsels einzustehen verbunden ist, etwa so wie bei dem Kauf ebenfalls unterstellt wird, der Verkäufer habe dem Käufer dafür, daß ihm Besitz oder Genuß nicht aus einem dem Kauf vorausgehenden Grunde entzogen werde, Gewähr geleistet; bei der Miethe und der Pacht wird eine ähnliche Gewährleistung für den ruhigen Besitz und Genuß unterstellt, ohne daß die Contrahenten sich darüber gegenseitig ausgesprochen haben. Man sagt vielleicht, es liege diese Gewähr in dem Vertrag; allerdings, aber die Theorie muß sie doch erst herausfinden. Es versteht sich dabei, daß die Theorie nicht willkürlich oder nach den Eingebungen einer erfinderischen Phantasie verfährt, sondern nur das positive Recht im Auge hat und seine Bestimmungen zu erklären und in Uebereinstimmung zu bringen sucht. Nach dem positiven Recht ist nun der Aussteller des gezogenen Wechsels zur Einlösung desselben verbunden, wenn der Bezogene nicht zahlt und diese Thatsache durch einen rechtzeitig erhobenen Protest beweislich gemacht ist. Woher rührt diese Verbindlichkeit, welche der Wechselaussteller nirgends expressis verbis übernommen hat? Wie bei dem Kauf, bei der Miethe eine Gewährleistung, wenn auch nicht ausdrücklich übernommen, gleichwohl unterstellt wird, so sind wir genöthigt, die Uebernahme einer ähnlichen Gewährleistung bei dem gezogenen Wechsel zu unterstellen. Bei dem Kauf, bei der Miethe unterstellen wir die Uebernahme der Gewährleistung als in dem Vertrag enthalten, welchen die Contrahenten mit einander abschließen; der Ausstellung eines Wechsels geht zwar auch gewöhnlich eine Beredung voraus, in welcher Summe, Verfallzeit, Zahlungsort des auszustellenden Wechsels und Gegenleistung des Nehmers abgesprochen und festgestellt wird. Aber in dieser Beredung kann nicht schon die Gewährleistung liegen, weil diese erst auf den Grund des ausgestellten und protestirten Wechsels geltend gemacht werden kann. Wir sind daher genöthigt, anzunehmen, daß die Gewährleistung erst durch den Wechsel begründet wird. Der Akt der Ausstellung desselben für sich allein kann aber ebenfalls keine Verbindlichkeit erzeugen, weil zum Abschluß eines Vertrags mindestens zwei Personen nothwendig sind; es folgt hieraus, daß in dem Akt des Gebens des Wechsels, in dem Akt der Aushändigung desselben an den Nehmer der Abschluß des Wechselvertrags, in Folge dessen die Gewährleistung von dem Aussteller übernommen wird, liegen muß. Dieses ist auch die Ansicht von Thöl §. 180 Note 1. Dagegen verwirft Brauer die Meinung, als ob dem Wechsel ein Vertrag zu Grund liege.

vrgl. Archiv für d. Wechselrecht 3. Bd. S. 297 u. f.

§. 23.

Liebe's Ansicht.

Liebe erklärt in der Einleitung zu seinen Erläuterungen der allg. deutschen Wechselordnung S. XXVII. es für ungereimt, an einen contrat de change im Sinne der französischen Juristen zu denken. Er sieht in der Ausgebung eines Wechsels nichts „als die Uebertragung eines freilich eigenthümlich bestimmten Vermögensrechts auf den Wechselnehmer und von diesem weiter." Verweilen wir einen Augenblick bei dieser Erklärung der Ausgebung des Wechsels, so dürfte wohl kaum in Abrede zu stellen sein, daß jede Uebertragung einen Vertrag zwischen dem Uebertragenden und demjenigen, an den übertragen wird, mithin zwischen Geber und Nehmer des Wechsels voraussetzt, mit andern Worten, daß in dem Akt der Uebertragung ein Vertrag enthalten ist. Dieser Vertrag wird nicht in Worte gekleidet, sondern

Digitized by Google

in einer Handlung ausgesprochen, deren Sinn und Bedeutung nicht zu verkennen ist. Wenn, wie Liebe annimmt, bei der Ausgebung eines Wechsels der Aussteller ein Recht auf den Nehmer überträgt, und dieser das übertragene Recht annimmt, so ist doch wohl klar, daß in Bezug auf den Uebertrag zwischen beiden Personen eine Uebereinstimmung sich geradezu kund gegeben hat, als wenn sie ihren gemeinsamen Willen in Worten ausgesprochen hätten. Diese Uebereinstimmung zweier Personen in Bezug auf ein unter ihnen zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft ist aber gerade dasjenige, was wir mit dem kurzen Ausdruck „Vertrag" bezeichnen: conventio est, si duo conveniunt in idem. Wir werden daher durch Liebe's eigene Erklärung darauf geführt, daß in der Ausgebung des Wechsels ein Vertrag liegt. Steht aber einmal dieses fest, so kann man es höchstens noch ungereimt finden, daß die Franzosen diesen Vertrag „contrat de change" die Deutschen „Wechselvertrag" nennen. Aber über Worte wollen wir nicht streiten, vielmehr auf die obige Erklärung von Liebe sachlich eingehen: Liebe sieht in der Ausgebung eines Wechsels die Uebertragung eines Vermögensrechts. Damit dieses übertragen werden könne, muß es wohl vor Ausgebung des Wechsels schon vorhanden gewesen sein. Hiefür finden wir aber nur dann einen Anhaltspunkt, wenn wir annehmen, der Aussteller habe den Wechsel für den Betrag einer Forderung gezogen. Abgesehen nun davon, daß viele Wechsel auf Grund des Credits, den der Aussteller bei dem Bezogenen hat, gezogen werden, ist es nicht einmal richtig, daß in dem Fall, wenn eine Forderung existirt, diese durch den Wechsel übertragen wird. Es scheint auch nicht, daß Liebe in jener Stelle das Wort „Uebertragung" in seiner eigentlichen Bedeutung gebraucht hat. Denn er sagt wenige Zeilen vorher S. XXVI. unten: „Die Ausgebung „der Tratte bewirkt nicht die Entstehung eines ein„fachen, sondern eines ganz eigenthümlich modificirten „nomen." Die Meinung von Liebe geht hiernach nicht dahin, daß durch Ausgebung der Tratte ein schon bestehendes nomen übertragen, sondern daß dieses erst geschaffen, begründet werde. Wenn ich hierin die Meinung dieses berühmten Schriftstellers richtig aufgefaßt habe, so würde sie sich mit der oben entwickelten Theorie in größerem Einklang befinden, als auf den ersten Anschein vermuthet werden konnte. Die Ausgebung der Tratte bewirkt hiernach die Entstehung eines eigenthümlich modificirten nomen zu Gunsten des Nehmers. Der Akt des Gebens und Nehmens des Wechsels begründet das nomen; in diesem Akt offenbart sich somit der übereinstimmende Wille des Gebers und des Nehmers, eben darum liegt in diesem Akt ein Vertrag. Es bleibt nun nur die Frage, welches der Inhalt des Vertrags ist? Liebe drückt sich hierüber S. XXVI. unmittelbar nach der eben angeführten Stelle folgendermaßen aus: „Der „Ausgeber ist verbunden, eine bestimmte Summe an ei„nem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit zu „zahlen, diese Zahlung ist aber nicht eine einfache von „ihm selbst zu bewerkstelligende, sondern er soll sie durch „einen Dritten beschaffen lassen, und nicht nur dafür haften, daß dieser Dritte wirklich zur Verfallzeit zahlt, „sondern auch dafür, daß derselbe sich schon vor der Verfallzeit mittels des Accepts zur Zahlung verpflichtet." Dieß ist also der Inhalt des Vertrags: der Ausgeber der Tratte übernimmt mittels Ausgabe derselben alle diese Verpflichtungen zu Gunsten des Nehmers, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch vermöge der gesetzlichen Folgen, welche mit der Ausgabe der Tratte verbunden sind. Sehen wir nun einmal zu, wie weit diese Ansicht von Liebe mit der oben entwickelten Theorie in Einklang steht? Der Ausgeber ist verbunden, zu zahlen, sagt Liebe, er soll aber die Zahlung nicht selbst leisten, sondern sie durch einen Dritten (durch den Bezogenen) beschaffen. Er soll mithin bewirken, daß der Dritte (der Bezogene) zahle, oder wie der römische Jurist Ulpianus in l. 81. de V.O. 45. 1 sagt, id se acturum ut stet (ut solvat). In diesem Versprechen zu bewirken, daß ein Dritter etwas thue, liegt aber schon die Verbindlichkeit, für das Interesse zu haften, wenn der Dritte das Versprochene nicht thut, wie derselbe römische Jurist sagt: id quod interest sisti contineri. Wenn also Liebe sagt, der Ausgeber solle dafür haften, daß der Dritte zahlt, so liegt diese Pflicht schon in dem Versprechen, daß der Dritte zahlen werde. Außerdem, sagt Liebe, haste er auch dafür, daß der Bezogene sich schon vor der Verfallzeit mittels des Accepts zur Zahlung verpflichte; auch diese Verbindlichkeit kann gleich der vorigen als Folge des Versprechens, daß der Bezogene acceptiren werde, aufgefaßt werden. Es lassen sich daher die verschiedenen Verbindlichkeiten, welche Liebe aufzählt, in dem Versprechen des Ausstellers, daß der Bezogene annehmen und zahlen werde, zusammenfassen, wodurch die vollständige Uebereinstimmung mit der oben entwickelten Theorie hergestellt ist.

Digitized by Google

§. 24.

Thöl's Ansicht.

Thöl erkennt nicht nur einen, sondern sogar mehrere Wechselverträge an: In seinem Handelsrecht zählt er vier Wechselverträge auf, nemlich den Wechselvertrag des Trassanten, des Indossanten, des Acceptanten und des Ausstellers eines eigenen Wechsels. Alle diese Verträge werden, nach Thöls Meinung, durch den Akt des Gebens und Nehmens des Wechsels geschlossen. Mittels dieser Verträge übernimmt der Geber eine Verbindlichkeit, welche zwar verschieden ist, je nachdem es sich von dem Wechselvertrag des Trassanten, des Indossanten, des Acceptanten oder des Ausstellers eines eigenen Wechsels handelt, welche aber doch sämmtlich in einer Beziehung, die Thöl für das wesentliche Merkmal eines jeden Wechselversprechens hält, übereinstimmen. Jedes Wechselversprechen, sagt Thöl, ist ein Summenversprechen.

Ein solches Versprechen ist, der Regel nach ungültig, sagt Thöl §. 181; von dieser Ungültigkeit macht das Wechselversprechen eine Ausnahme: ein einfaches, schlechtweg gegebenes Zahlungsversprechen ist gültig, wenn es auf einem Wechsel gegeben wird. In §. 182 werden sodann die verschiedenen Wechselversprechen näher präcisirt:

1) Das Versprechen des Acceptanten geht auf Zahlung einer Summe, und ist gültig, ohne der Angabe einer caussa debendi zu bedürfen.

2) Das Versprechen des Ausstellers eines eigenen Wechsels geht ebenfalls auf Zahlung einer bestimmten Summe, und ist gleichfalls (jedoch nicht nach allen Wechselgesetzen) gültig, wenn der Wechsel auch keine caussa debendi (Valutabekenntniß) enthält.

3) Das Versprechen des Trassanten faßt Thöl dahin auf, als sei derselbe verbunden, im Fall der Nichtzahlung des Trassaten den Werth der Wechselzahlung, also den zur Zahlungszeit am Zahlungsort bestehenden Cours der Wechselsumme zu zahlen. Hieraus ergebe sich wieder eine Geldsumme, nämlich die Regreßsumme, mithin sei auch das Versprechen des Trassanten ein Summenversprechen. Dies wird in §. 213 weiter ausgeführt.

4) Das Indossament sieht Thöl als neue Tratte an, vrgl. §. 232 und 234 ibid., mithin gilt der Indossant als Trassant und hat dieselbe Verbindlichkeit, wie dieser.

Es wird demnach in §. 183 das Wechselversprechen überhaupt als ein Summenversprechen „ohne Gegenversprechen" bezeichnet, und darum auch beabredet, daß der Wechselnehmer Mandatar sei.*) Hieran reiht sich die weitere Ausführung in §. 184, daß alle diejenigen Verhältnisse, welche den Anlaß zu einem Wechselversprechen gegeben haben, dem Wechsel und dem dadurch begründeten Verhältniß fremd bleiben, wonach also der Wechselvertrag als ein Formvertrag (§. 185) sich darstellt, und zwar erscheint er als solcher in zweifacher Weise: einmal insofern es für die Entstehung des Wechselvertrags nicht genügt, daß der Wille der Contrahenten sich in willkürlicher Weise manifestirt, hiezu vielmehr die Einhaltung einer ganz genau bestimmten Form erforderlich ist; dann aber auch insofern es für die Gültigkeit, Klagbarkeit und Wirksamkeit des Wechselvertrags einer caussa obligationis nicht bedarf, sondern das in der erforderlichen Form hervortretende Versprechen, das formelle Summenversprechen, genügt. Es wird daher der Wechselvertrag als der römischen stipulatio am nächsten kommend, bezeichnet (§. 186).

Diese ganze Theorie, von welcher hier nur ein schwacher Abriß gegeben wurde, ist mit ebenso großem Scharfsinn erdacht als strenger Consequenz durchgeführt und man kann nur bedauern, derselben nicht beistimmen zu können. Das, was Thöl ein Summen-Versprechen nennt, findet sich nur bei dem Accept, keineswegs bei den übrigen Wechselversprechen; und insoweit es sich bei dem Accept findet, ist es nicht eine Eigenthümlichkeit des Wechsels, sondern beruht auf der Eigenthümlichkeit des mandatum aliena gratia, und wird daher überall, wo ein Auftrag zu Gunsten eines Dritten von dem Beauftragten angenommen worden ist, ausgefunden werden können, wie z. B. bei der Anweisung, s. oben §. 6 und preußisches Landrecht, 1. Thl. 16. T. §. 259. Acceptirt nämlich Jemand einen ihm zu Gunsten einer dritten Person ertheilten Auftrag, so liegt für ihn der Bestimmungsgrund

*) Es ist schon in §. 4 hervorgehoben worden, daß Thöl bei der Anweisung den Nehmer als Eincassirungsmandatar bezeichnet, was ich jedoch als nicht durchgängig zutreffend bestritten habe. Ebensowenig kann ich mit Thöl darin übereinstimmen, daß der Nehmer des Wechsels gar nicht Mandatar sein könne; bei den s. g. Incasso-Wechseln ist er nur Mandatar, wie dies schon oben §. 21 ausgeführt wurde.

Digitized by Google

zu dieser Acceptation in seinem Verhältniß zu dem Auftraggeber. Dieses Verhältniß ist aber für den, zu dessen Gunsten der Auftrag gegeben und angenommen wurde, eine res inter alios, auf welche sich der Beauftragte, diesem Dritten gegenüber, nicht berufen kann; mithin bindet ihn die Annahme des ihm ertheilten Auftrags, ganz ohne Rücksicht auf dieses Verhältniß, dem Dritten gegenüber. Derselbe Fall kann bei Commissionären, Spediteuren, Schiffern, Fuhrleuten vorkommen, wenn diese z. B. die Frankolieferung einer Waare von A an B übernehmen, und sich dem B gegenüber zu dieser Lieferung verpflichten; in Folge dieser Verpflichtung müssen sie die Waare an B liefern, auch wenn A den versprochenen Lohn nicht zahlt. Ebenso muß der Acceptant den Wechselbetrag zahlen, wenn auch der Aussteller ihm die versprochene Deckung nicht einsendet. Das Accept enthält daher ein von dem Bestimmungsgrund unabhängiges, bindendes Versprechen, was aber durchaus nicht daher rührt, daß das Accept auf einem Wechsel gegeben wurde, sondern daher, daß es die Annahme eines mandatum aliena gratia enthält.

Die übrigen Wechselversprechen sind keine Summenversprechen in dem Sinne, welchen Thöl mit diesem Worte verbindet; denn sie sind nicht von der caussa debendi los getrennt und unabhängig, vielmehr stehen sie mit dieser in derselben Verbindung, wie alle einseitig gegebenen Versprechen überhaupt. Wenn und so lange die Contrahenten selbst einander gegenüberstehen, können die Mängel der caussa gerade so wie bei allen andern Versprechen geltend gemacht werden; ein Unterschied macht sich erst dann bemerklich, wenn ein Dritter, d. h. Jemand, der nicht bei dem ursprünglichen Vertrag mitgewirkt hat, das Wechselversprechen für sich geltend macht: diesem können die Mängel der caussa nicht entgegen gehalten werden. Der Grund hiefür liegt aber, meines Erachtens, nicht darin, daß die Wechselversprechen an und für sich verschieden von andern Versprechen sind, sondern in dem Ueberwiegen des Grundsatzes: inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt. Wenn Jemand einem Verbrecher als Lohn des verübten Verbrechens einen Wechsel ausstellt oder indossirt, so kann er dem klagenden Verbrecher die Unverbindlichkeit des gegebenen Wechselversprechens mit voller Wirkung entgegen halten. Das großh. Oberhofgericht in Mannheim hat die Klage aus einem eigenen Wechsel, welchen ein Spieler für den im Spiel erlittenen Verlust seinem Mitspieler ausgestellt hatte, verworfen.

Hohnhorst, Jahrbücher des großh. Oberhofgerichts 2. Bd. S. 40—68.

Es können viele ähnliche Entscheidungen französischer Gerichte aus Sirey nachgewiesen werden, in denen der aus einem Wechsel klagende Spieler, wofern der Wechsel für eine Spielschuld ausgestellt war, abgewiesen wurde; damit stimmen die bedeutendsten Autoritäten, wie Merlin, Troplong, Zachariä überein. Aber dritten, bei dem Spiel unbetheilgten Personen kann der Mangel der caussa nicht entgegen gehalten werden, wobei übrigens der Fall, wenn der Kläger nur eine vorgeschobene Person (ein Strohmann) des Spielers ist, ganz ebenso zu behandeln sein dürfte, wie wenn der Spieler selbst geklagt hätte. Uebrigens kann es auch vorkommen, daß der Acceptant eines gezogenen Wechsels von dem Aussteller desselben belangt wird: in diesem Fall kann er ebenfalls alle Mängel der caussa rügen; er kann auch entgegenhalten, er habe keine Deckung für den Wechsel erhalten.

Die hier entwickelte Ansicht, daß die verschiedenen Wechselversprechen mit ihrer caussa in derselben Verbindung wie alle andern Versprechen stehen, ist durch die allg. d. Wechselordnung sanktionirt, indem Art. 82 dem Wechselschuldner gestattet, sich aller Einreden zu bedienen, welche ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehen. Demzufolge hat das Oberappellationsgericht in Lübeck den 19. Januar 1852 erkannt, die Einrede, der Wechsel sei für eine Spielschuld ausgestellt, sei zulässig gegen den unmittelbaren Wechselgläubiger, könne aber einem Indossatar nicht entgegengesetzt werden. *)

vrgl. Kletke, Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Erlangen 1857. No. 576.

(Fortsetzung folgt.)

*) Die Fassung dieses Urtheils bei Kletke ist etwas undeutlich: ich glaube aber, den richtigen Sinn wieder gegeben zu haben. Nach Borchardt's Fortsetzung zu seinen Bemerkungen zur allg. d. Wechselordnung, Berlin 1856, Zusatz 96 lautet das angeführte Urtheil nicht genau so wie bei Kletke.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 44.**

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

(Fortsetzung.)

Nicht minder hat das Obertribunal in Berlin den 9. Sept. 1851 und den 13. Januar 1855 entschieden, der Aussteller könne dem klagenden Remittenten die Einrede der nicht erhaltenen Valuta entgegensetzen. Kletke l. c. No. 560 und 585. Ebenso die Einrede des betrüglichen Verleitens zur Unterschrift.

Erkenntniß vom 11. Nov. 1852 und vom 13. Januar 1855, bei Kletke l. c. No. 562 u. 565, bei Borchardt ad art 82 Zusatz 3 a.

Archiv für d. Wechselrecht 3. Bd. S. 420.

Auch der Acceptant kann dem Aussteller die Einrede mangelnder Deckung entgegenhalten.

Erkenntniß des Obertribunals vom 10. April 1851 bei Kletke l. c. No. 559 und bei Borchardt ad art. 82, Zusatz 3 c.

Borchardt führt ein weiteres Erkenntniß des Obertribunals in Berlin vom 15. Juli 1852 an, worin die Einrede des Ausstellers gegen den klagenden Remittenten, er habe den Wechsel für einen ältern Wechsel, der ihm noch nicht zurückgegeben worden sei, ausgestellt, für zulässig erachtet wurde. Das Kammergericht in Berlin hat den 9. Juli 1853 erkannt, daß die neben dem Wechsel schriftlich getroffenen ändernden Bestimmungen zwischen den unmittelbaren Contrahenten zu berücksichtigen sind.

Kletke l. c. No. 558. Borchardt ad art. 82. Zusatz 4.

Archiv für d. Wechselrecht 3. Bd. S. 414—20.

Noch viel weiter geht eine Entscheidung des niederösterreichischen Oberlandesgerichts, bestätigt von dem obersten Gerichtshof für Oestreich unter dem 17. Mai 1854, indem dort erkannt wird, daß der Acceptant eines gezogenen Wechsels, welcher sein Accept nur zum Zweck der Verbürgung einer fremden Schuld gegeben hat, dem ursprünglichen Gläubiger, der diesen Wechsel geltend macht, alle dem Bürgen nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch zustehenden Einreden, insbesondere die exceptio ordinis nach §. 1355 ibid. entgegen setzen kann.

Borchardt, Fortsetzung. ad art. 82. Zusatz 88.

Archiv für d. Wechselrecht 5. Bd. S. 86.

Diese Entscheidung, deren Gründe allerdings nicht vollständig mitgetheilt sind, kann mit den Principien des Wechselrechts nicht anders in Einklang gebracht werden, als wenn wir annehmen, der Gerichtshof habe aus den Umständen des Falls die Ueberzeugung gewonnen, daß das Accept nur simulirt gewesen sei, indem der Acceptant nicht eine Wechselverbindlichkeit, sondern nur eine gewöhnliche Bürgschaft habe übernehmen wollen. Aber selbst nach dieser Auffassung würde die Entscheidung mit der Ansicht des Obertribunals in Berlin in Widerspruch stehen, da dieser Gerichtshof wiederholt, nämlich mittels Urtheil vom 15. April 1851 und vom 29. April 1856 die Einrede der Simulation als unzulässig verworfen hat.

Kletke No. 563 und 1039 (in der Fortsetzung), Borchardt l. c. Zusatz 13.

Archiv für d. Wechselrecht 6. Bd. S. 268.

Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht 1. Heft S. 138—146.

Die Leipziger Conferenz war bekanntlich anderer Ansicht, indem sie sich laut Protokoll vom 23. Nov. 1847, in der 25. Sitzung dahin ausgesprochen hat, daß alle aus der Person des Inhabers herzuleitenden Einreden, also auch die der Simulation und der Compensation, sofern sie auf der Stelle liquid gemacht werden könnten, zugelassen werden müssen. Diesem Beschluß zufolge wurde auch der zweite Absatz des §. 93 des preußischen Ent-

Digitized by Google

wurfs, dahin lautend: „der Einwand der Simulation ist niemals zulässig“ in dem entsprechenden §. 82 der allg. deutschen Wechselordnung ausgelassen; nicht minder ist §. 94 des Entwurfs, lautend: „Gegenforderungen und Editionsgesuche sind im Wechselprozesse unstatthaft“ ausgefallen. Demgemäß hat das Obertribunal in Berlin die Einrede der Compensation durch Erkenntniß vom 3. Mai 1855 zugelassen.

Kletke l. c. No. 1036. Borchardt l. c. Zusatz 86.

Es sind auch schon oben zwei Erkenntnisse desselben Gerichtshofs angeführt worden, nach welchen die Einrede des Betrugs zugelassen wurde; ein weiteres Urtheil vom 11. Okt. 1855 findet man bei Borchardt (Fortsetzung) Zusatz 89. Die Einrede der Simulation grenzt aber sehr nahe an die Einrede des Betrugs und es erscheint durchaus inconsequent, die eine der beiden Einreden zuzulassen, die andere aber nicht. Freilich erklärt sich Gelpke in dem oben angeführten Aufsatz sehr entschieden gegen die Zulässigkeit der Einrede der Simulation; seine Gründe beruhen aber theils auf einer vermeintlich daraus entspringenden Gefahr für den Wechselinhaber, indem böswillige Schuldner dergleichen Einreden lediglich zur Chikane vorbringen würden, theils auf einer irrigen theoretischen Anschauung der Natur des Wechsels, indem er in demselben lediglich einen Formalakt oder einen Literalcontrakt findet. Er tadelt auch die Entscheidung des Obertribunals vom 10. April 1851, welche dem Acceptanten gestattet, dem Aussteller die Einrede der mangelnden Deckung entgegenzusetzen, und führt weitläufig aus, wie diese Entscheidung sich nach gar keinem Princip rechtfertigen lasse. Und gleichwohl wird Jedermann zugeben müssen, daß der Aussteller, welcher dem Bezogenen Deckung versprochen, und ihn eben dadurch zum Accept bestimmt hat, eigentlich dolos handelt, wenn er das Accept benutzt, um ihn zur Zahlung des Wechsels zu zwingen. Aber das Accept, sagt man, ist ein Formalakt, ein Literalcontrakt, ein Summenversprechen; ist die Form eingehalten, so muß gezahlt werden, wenn auch eine materielle Ungerechtigkeit darin läge. Was ist aber die Folge der Zahlung? Der Zahlende erhält durch die Zahlung eine Forderung an den, der die Zahlung in Empfang nimmt. Hier tritt also der Fall ein, auf den der Ausspruch des römischen Juristen anwendbar ist: dolo agit, qui petit, quod redditurus est. Man kann in der That keinem Gericht zumuthen, den Acceptanten zu einer Zahlung zu verurtheilen, welche nur die Folge hätte, daß der Zahlende das Gezahlte an denjenigen, der die Zahlung empfing, zurückfordern könnte. Gerade in diesem Fall zeigt sich die Unhaltbarkeit der Theorie des Summenversprechens.

Das Accept ist ein Summenversprechen nur so lange als der Dritte, zu dessen Gunsten es gegeben wurde, dasselbe geltend macht: sobald aber Mandant und Mandatar einander gegenüberstehen, kommen die materiellen Verhältnisse, wie sie unter den Contrahenten bestehen, in Betracht. Hat der Aussteller für den Betrag einer schon vorhandenen Forderung gezogen, so liegt in dem Accept eine Novation (vrgl. Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 5. S. 122—149) oder mindestens eine Anerkennung der bestehenden Schuld, und es ist hiernach zu beurtheilen, ob der Acceptant berechtigt ist, Einwendungen rücksichtlich der Entstehung oder Größe derselben vorzubringen. Insoweit er mit dergleichen Einwendungen ausgeschlossen wird, liegt dieses nicht in der Eigenthümlichkeit des Wechsels, als eines Summenversprechens, sondern in der durch das Accept bewirkten Novation oder in der darin liegenden Anerkennung. Jede in anderer Form geschehene Anerkennung oder Novation würde durchaus die nemliche Folge haben. Wenn aber nicht für den Betrag einer bereits bestehenden Forderung gezogen wurde, so kann die caussa für das gegebene Accept in mannigfachen Beziehungen des Ausstellers zu dem Bezogenen liegen; und diese Beziehungen können, sobald diese beiden Personen einander gegenüberstehen, nach Art. 82 der allg. deutschen Wechselordnung geltend gemacht werden, um die aus dem Accept herzuleitende Verbindlichkeit zu bestreiten, z. B. der Aussteller hat den Bezogenen dadurch, daß er ihm vor Verfall des Wechsels die Deckung einzusenden versprochen, zum Accept veranlaßt, hat aber die Deckung nicht eingesendet; oder er hat dem Bezogenen Waaren zum Verkauf zugesendet, diese wurden aber von Dritten vindicirt, oder von den Behörden confiscirt, oder sie sind verdorben oder zu Grund gegangen, oder der Aussteller hat den Bezogenen durch falsche Vorspiegelungen zum Accept verleitet, in diesen und allen ähnlichen Fällen wird der Acceptant, dritten Personen gegenüber, aus seinem Accept haften müssen; sobald er aber dem Aussteller selbst oder demjenigen, der z. B. bei einem Betrug mitbetheiligt ist, gegenüber steht, kann er diesem alle aus den persönlichen Beziehungen herzuleitenden Einwendungen entgegensetzen. Und dieß gewiß mit

Digitized by Google

vollem Recht. „Denn es kann, wie das Obertribunal „in Berlin sich in seinem Erkenntniß vom 11. Oktober „1855 *) ausdrückt, nicht die Absicht des Gesetzes sein, „auch denjenigen auf Grund der äußerlich beobachteten „Formen zu schützen, welcher bei Herstellung derselben „widerrechtlich auf Kränkung der Rechte anderer Weh „selbstheiligten abzielende Handlungen vorgenommen oder „sich wissentlich bei solchen betheiligt hat."

Hieraus folgt aber auch, daß man nicht durch vorgeschobene Personen (Strohmänner) das thun darf, was direkt zu thun die Gesetze untersagen; denn jede vorgeschobene Person betheiligt sich an der Handlung dessen, der ihn vorschiebt. Außerdem ist eine vorgeschobene Person juristisch nichts Anderes als ein Mandatar, dem vermöge der unitas personae dieselben Einreden, welche dem Mandanten entgegenstehen, ebenfalls entgegengesetzt werden können. Darum halte ich die Einrede der Simulation durchaus für zulässig, **) sie vervollständigt erst das System, welches die Verfasser der allg. deutschen Wechselordnung durch Art. 82 begründet haben.

Mit Recht haben diese, dem Bedürfniß des Handels Rechnung tragend, durch Art 23 der allg. deutschen Wechselordnung den Acceptanten auch dem Aussteller gegenüber für verhaftet erklärt; dagegen haben sie auch durch Art. 82 dafür Sorge getragen, daß das materielle Recht nicht unter den Formen verloren gehe. Der Wissenschaft ziemt es, das Finden des materiellen Rechts zu erleichtern und die Formen in diejenigen Grenzen zu weisen, welche das Gesetz ihnen gezogen hat. Das Wechselrecht hat der Formen schon genug, weßhalb es eher an der Zeit zu sein scheint, der Ausschreitung der Form Einhalt zu thun, als ihr durch geistreiche Theorien neuen Boden zu gewinnen

§. 25.

Fortsetzung.

Dem Verhältniß des Acceptanten zu dem Aussteller eines gezogenen Wechsels entspricht vollständig das Verhältniß des Ausstellers eines eigenen Wechsels zu dem ersten Nehmer. Wenn diese beiden Personen, unter welchen der Wechselvertrag geschlossen wurde, einander gegenüberstehen, so können alle Beziehungen, welche zur Wechselausstellung veranlaßt haben, zur Sprache kommen, und es stellt sich dadurch heraus, daß das Wechselversprechen kein absolutes, kein Summenversprechen in dem Sinn, welchen Thöl dem Worte beilegt, ist, sondern daß dieses Versprechen von der causa ebenso abhängig ist, wie jedes andere Versprechen.

Der Aussteller kann dem ersten Nehmer entgegenhalten, der Wechsel sei sine causa, z. B. aus Gefälligkeit, um dem Nehmer Credit zu verschaffen, ausgestellt, oder es sei der Gegenwerth nicht gegeben worden, causa data, causa non secuta, z. B. der Nehmer habe versprochen, eine Schuld des Ausstellers zu zahlen, habe diese aber nicht gezahlt, oder er habe einen ältern Wechsel dafür zurückgeben sollen, habe ihn aber nicht zurückgegeben, *) oder der Wechsel sei ausgestellt als Einlage in eine Gesellschaft, die nicht zu Stande gekommen, oder die später wieder aufgelöst worden, fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est (l. 1. §. 2 de condictione sine caussa 12. 7.)

Alle diese Einwendungen können freilich einem spätern Nehmer, einem Indossatar, sofern dieser nicht etwa eine vorgeschobene Person ist, nicht entgegen gehalten werden, aber lediglich aus dem Grund, weil es sich um Beziehungen zwischen dritten Personen handelt, welche ihn nicht berühren. Sobald aber der Indossatar nur Mandatar ist, sei es nun, daß er nur ein Prokuraindossament für sich hat, oder weil der Wechsel „nicht an Ordre" gestellt war (Wechselordnung §. 9 und 17), so stehen ihm dieselben Einwendungen entgegen, wie dem Mandanten. Hat der Indossatar ein vollständiges Indossament für sich, kann aber nachgewiesen werden, daß er nur eine vorgeschobene Person ist, so gilt er nur als Mandatar und es stehen ihm dieselben Einwendungen entgegen, wie seinem Mandanten.

Was nun das Verhältniß des Ausstellers eines gezogenen Wechsels zu dem Nehmer betrifft, so bespricht Thöl dieses in §. 213 seines Handelsrechts in sehr eingehender Weise.

Er erwähnt unter III. die hier adoptirte Auffassung, wonach der Trassant verspricht, daß der Trassat zahlen werde, bemerkt aber dazu: „der Trassant kann das Zahlen des Trassaten, als solches, nicht versprechen, weil es nicht seine, sondern eine fremde Handlung ist." Als Beleg für diese seine Einwendung führt er I. 38. D.

*) Bei Borchardt l. c. Zusatz 99. S. 153.

**) So auch Borchardt in dem Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 1. S. 300.

*) Erkenntniß des Obertribunals in Berlin vom 15. Juli 1852. Bei Borchardt l. c. Zusatz 34.

de V.O. (45. 1) und zunächst l. 38. pr. §. 1. 2 nemlich den Ausspruch Ulpians an: nemo alienum factum promittendo obligatur ..... sed se obligat. Hier aber kommt Ulpian mit sich selbst in Widerspruch, da er unmittelbar vorher sagt: Stipulatio ista, habere licere spondes? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat. In dem Versprechen habere licere liegt nach Ulpians eigenen Worten das Versprechen, daß durch Niemanden etwas geschehe, wodurch das Haben (der Besitz und Genuß) beeinträchtigt würde.

Ja, Ulpian macht sich sogar selbst die Einwendung, es habe den Anschein, als wenn in dieser Weise eine fremde Handlung versprochen sei, „videtur igitur alienum factum promississe." Um nun dieser Folgerung auszuweichen, erklärt er das Versprechen dahin, der Versprechende verpflichte sich, daß weder er noch seine Erben oder übrigen Rechtsfolger Etwas gegen das Haben dessen, dem das Versprechen geleistet wurde, thun werden.. Damit ist aber keineswegs der Widerspruch gelöst, da er wenige Zeilen vorher sagt, in dem Versprechen des habere licere liege, ne per quemquam omnino fiat, quominus nobis habere liceat. Bekanntlich muß ja auch der Verkäufer dafür Gewähr leisten, daß Niemand den Besitz und Genuß störe; man kann diese Gewährleistung nicht auf die Erben und Rechtsfolger des Verkäufers beschränken. Liest man die l. 38 weiter, so zeigt sich bald, daß es sich nur von einer ängstlichen Auslegung der Worte, welche mit dem römischen System der stipulatio als einer verborum obligatio zusammenhängt, handelt. In §. 2 ibidem sagt nämlich Ulpian weiter: At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Man kann demnach eine fremde Handlung in der Weise versprechen, daß man sich eintretenden Falls zu einer Strafe oder zu dem Interesse (Schadenersatz) verbindlich macht. Da aber die Leistung des Interesse die allgemeine Folge jedes nicht erfüllten Versprechens ist, so kann nur die Aengstlichkeit bei der Auslegung einer Stipulation es entschuldigen, wenn Ulpian verlangt, daß dieses Versprechen mit in die Stipulation aufgenommen werden soll. In §. 24 ibid. sagt derselbe Jurist: Si quis ita stipulatus fuerit: illum sistas? nulla caussa est, cur non obligatio constat. Hier hat er also kein Bedenken, wenn eine fremde Handlung versprochen wird, vielleicht deswegen, weil sie in eine Formel gebracht ist, wonach der Versprechende selbst sich verpflichtet, Etwas zu leisten. Im Grunde ist es aber doch eins und dasselbe, ob ich versprechе, Jemanden (vor Gericht) zu stellen, oder daß Jemand sich (vor Gericht) stellen werde. In beiden Fällen wird eine fremde Handlung versprochen; nur ist in dem einen Fall direkt ausgesprochen, der Versprechende werde bewirken, daß der Andere sich stellt. In l. 81 h.t., welche schon oben in §. 12 angeführt wurde, ist die andere Redeweise in Bezug auf den nämlichen Fall gewählt; dennoch stimmt Ulpian der Ansicht von Celsus bei, welcher sagt, in dem Versprechen, daß Jener sich (vor Gericht) stellen werde, liege schon das Versprechen, das Interesse (den Schadenersatz) zu leisten, wenn Jener sich nicht stellt; mithin fällt auch der citirte Satz in l. 38 h.t., wonach Niemand, der eine fremde Handlung verspricht, durch das gegebene Versprechen gebunden ist, als unrichtig weg, indem in einem solchen Fall unterstellt wird, der Versprechende habe sich für den Fall, wenn der Dritte das Versprochene nicht thut, verbunden, das Interesse zu leisten. Bemerkenswerth ist übrigens der Grund, welchen Ulpian für die Ansicht des Celsus beibringt; wer verspricht, ein Anderer werde sich stellen, verspricht eigentlich, er werde bewirken, daß der Andere sich stellt. In dieser Weise wird das Versprechen einer fremden Handlung umgewandelt in ein Versprechen eigener Handlung, wodurch der Widerspruch mit l 38 gehoben ist. Wir können daher ebenfalls ohne mit dem römischen Recht in Widerspruch zu gerathen, in Bezug auf den gezogenen Wechsel behaupten, der Aussteller verspreche, der Bezogene werde bei Verfall zahlen. Indem er dieses Versprechen leistet, macht er sich verbindlich, zu bewirken, daß der Bezogene zahlen werde, beziehungsweise für den Fall, wenn dieser nicht zahlt, das Interesse zu leisten. Nach dieser Auffassung ist die Verbindlichkeit, das Interesse zu leisten, nur eine Folge der Nichterfüllung der übernommenen Verbindlichkeit, welche dahin geht, zu bewirken, daß der Bezogene zahlt. Hierin liegt aber kein Summenversprechen. Um ein solches zu construiren, nimmt Thöl l. c. sub No. 6 an, der Aussteller verspreche principaliter, „daß er im Fall der Nichtzahlung des Trassaten den Werth der Wechselzahlung zahlen werde." Diese Auffassung dürfte aber weder dem Inhalt des gezogenen Wechsels noch der Absicht der Partheien bei der Begebung desselben entsprechen. In dem gezogenen Wechsel trägt der Aussteller dem Bezogenen die Zahlung an den Nehmer auf; dieser nimmt den Wechsel in dem Vertrauen, daß der Bezogene

Digitized by Google

den Auftrag vollziehen werde. Die Absicht beider Theile geht somit dahin, eine Zahlung durch den Bezogenen zu leisten, beziehungsweise in Empfang zu nehmen; diese Zahlung ist es daher, welche beide Theile bei der Begebung des Wechsels im Auge haben, womit alsdann die Auffassung übereinstimmt, welche die Bewirkung dieser Zahlung als nächsten Gegenstand der Verbindlichkeit des Ausstellers, und die Leistung das Interesse nur als allgemeine Folge der Nichterfüllung des Versprechens bezeichnet. Man mag übrigens die eine oder die andere Auffassung vorziehen, in beiden Fällen liegt darin kein absolutes, von der causa durchaus unabhängiges Versprechen, vielmehr ist die Verbindlichkeit des Ausstellers des gezogenen Wechsels in derselben Abhängigkeit von der causa, wie die Verbindlichkeit des Ausstellers eines eigenen Wechsels. Wenn der erste Nehmer (der Remittent) dem Aussteller gegenüber steht, so kann dieser nach Art. 82 der allgemeinen deutschen Wechselordnung alle Einwendungen vorbringen, welche die Mängel der causa betreffen, und wir haben oben schon gesehen, daß die Gerichte mehrfach in diesem Sinne entschieden haben.

Was nun den vierten und letzten Wechselvertrag, nämlich den zwischen dem Indossanten und Indossatar betrifft, so darf ich mich lediglich auf das beziehen, was hierüber in §. 14 ausgeführt worden ist.

§. 26.

Brauers Ansicht.

Im Gegensatz zu Thöl erkennt Brauer gar keinen Wechselvertrag an. Wie aber erklärt er die Entstehung der Wechselverbindlichkeit des Ausstellers, Indossanten, Acceptanten? Er steht in dem Wechsel ein Papiergeld und versteht unter Papiergeld

„ein schriftlich gegebenes, abstraktes Summenversprechen, welches durch die gesicherte, keinen Weiterungen und Einreden unterworfene Einlösbarkeit geeignet ist, als Zahlungsmittel statt des baaren Geldes zu dienen."

vrgl. Archiv für d. Wechselrecht. 3. Bd. S. 302.

Wenn aber das Papiergeld ein Summenversprechen ist, so dürfen wir wohl annehmen, daß dieses Versprechen irgend Jemanden geleistet wurde, der dasselbe acceptirt hat, etwa dem ersten Nehmer und dann haben wir einen Vertrag: der Eine leistet ein Versprechen, der Andere nimmt es an: Conventio est, si duo conveniunt in idem. Dem Papiergeld läge sonach ein Vertrag unter, und wenn der Wechsel ein Papiergeld ist, so müßte ihm ebenfalls ein Vertrag unterliegen. Ist aber der Wechsel ein Papiergeld? Man nennt ihn wohl das Papiergeld der Kaufleute, weil diese sich seiner zu Zahlungen bedienen. Es hat aber Unger in seiner schon oben angeführten Schrift*) mit Recht dagegen geltend gemacht, daß in dieser Redeweise das Wort Zahlung im uneigentlichen Sinn gebraucht wird. Wer einen Wechsel in Zahlung gibt, zahlt nicht im eigentlichen Sinn des Wortes, wenn auch die bisherige Schuld getilgt wird; denn er übernimmt mittels Ausstellung oder Indossirung des Wechsels eine neue Verbindlichkeit, mithin findet eine Umwandlung der frühern in eine neue Verbindlichkeit i. e. eine Novation statt. Außerdem versteht es sich von selbst, daß nur da von einer Zahlung die Rede sein kann, wo eine Schuld bestanden hat; bekanntlich werden aber sehr viele Wechsel ausgestellt und indossirt, ohne daß der Aussteller dem Nehmer, der Indossant dem Indossatar irgend eine Summe schuldig war. Wie soll in solchem Fall eine Zahlung statt finden, wo keine Schuld vorhanden ist? Der Wechsel ist aber auch an und für sich kein Papiergeld, was schon daraus hervorgeht, daß er einen Verfalltag haben muß, das Papiergeld aber keinen Verfalltag haben darf. Die Nothwendigkeit eines Verfalltags ist so sehr in der Natur und dem Wesen des Wechsels begründet, es hängt der Protest, der Rückgriff so sehr mit dem Verfalltag zusammen, daß man wohl schwerlich nach irgend einer Wechselordnung einen Wechsel ohne Verfalltag anerkennen wird. Ebenso ist umgekehrt die Beifügung eines Verfalltags so sehr gegen die Natur und das Wesen des Papiergelds, daß wohl kaum irgendwo eine mit Verfalltag versehene Urkunde als Papiergeld anerkannt werden wird.

Dieser Unterschied reicht schon allein hin, beide Institute von einander zu trennen, abgesehen von vielen andern Verschiedenheiten, welche in dem 3. Bande des Archivs für d. Wechselrecht S. 113—160 ausführlich besprochen sind. Der gezogene Wechsel hat so wenig Aehnlichkeit mit dem Papiergeld, daß eine Gleichstellung beider kaum denkbar erscheint. Dem gezogenen Wechsel liegt immer ein Mandat des Ausstellers an den Bezogenen unter, während bei dem Papiergeld der Ausgeber (Aussteller) sich zur Einlösung verpflichtet. Bei dem gezogenen Wechsel muß der Inhaber sich stets an den Bezogenen wenden,

*) Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857. S. 7—9.

Digitized by Google

um die Zahlung zu erhalten, und kann auf den Aussteller erst dann, wenn dieser die Zahlung nicht leistet, zurückgreifen. Dieser Rückgriff ist aber von der Bedingung abhängig, daß die Zahlung bei dem Bezogenen rechtzeitig gefordert und darüber, daß sie nicht erfolgte, rechtzeitig eine öffentliche Beurkundung gefertigt wurde, was bei dem Papiergeld, bei welchem nur der Ausgeber zur Einlösung verpflichtet ist, nicht vorkommen kann. Endlich erlischt der Wechsel, sobald er eingelöst ist; er könnte nur in betrügerischer Absicht wieder in Circulation gesetzt werden, während Papiergeld von dem Ausgeber hundertmal eingelöst und stets aufs neue in Circulation gesetzt werden kann.

§. 27.

Form des gezogenen Wechsels.

Die Form des gezogenen Wechsels ist im wesentlichen mit der Form der Anweisung, insbesondere der kaufmännischen Anweisung übereinstimmend. Da aber in dem gezogenen Wechsel der Aussteller die Gewähr für Annahme und Zahlung desselben übernimmt, während die Gewährleistung des Anweisers in der kaufmännischen Anweisung sich nur auf die Zahlung, nicht auch auf die Annahme bezieht, da außerdem der Wechsel den persönlichen Verhaft nach sich zieht, was bei der kaufmännischen Anweisung in vielen Ländern nicht der Fall ist, so ergibt sich daraus die Nothwendigkeit, den gezogenen Wechsel mittels eines äußern, leicht erkennbaren Zeichens ebenso von der kaufmännischen Anweisung zu unterscheiden, wie diese sich von der gewöhnlichen Anweisung unterscheiden muß. Früher hat man das Ziehen von einem Ort auf den andern für das wesentliche Merkmal des gezogenen Wechsels gehalten, vrgl. östr. Wechselpatent vom 1. Oktober 1763 Art. 2 bei Meißner, Codex der europäischen Wechselrechte S. 6, und heute noch herrscht diese Ansicht in Frankreich und bei allen französischen Schriftstellern, code de c. Art. 110.

Pardessus. Cours de droit commercial, No. 318 332.

Nouguier. Des lettres de change et des effets de commerce, No. 6. 12. 17.

Persil. Traité de la lettre de change et du billet à ordre, No. 2—8.

Der deutschen Wechselordnung gebührt das Verdienst, einen sowohl dem praktischen Bedürfniß wie der richtigern theoretischen Ansicht entsprechenden Weg eröffnet zu haben. Durch das Wort „Wechsel" wird die Wechselurkunde mit hinreichender Präcision von jeder andern unterschieden; Jedermann, der sich dieses Wortes in einer Urkunde bedient, gibt dadurch in unzweideutiger Weise seinen Willen zu erkennen, gerade eine solche Urkunde mit allen Folgen, welche Gesetz oder Herkommen mit derselben verbinden, zu schaffen. Und hierin hat die deutsche Wechselordnung auch der seit vielen Jahren bestehenden Uebung entsprochen: es wird vielleicht seit den ältesten Zeiten nicht leicht ein Wechsel aufzuweisen sein, der sich nicht dieses Wortes als Unterscheidungszeichen von jeder andern Urkunde bedient hätte. Mit richtigem Takt hat die Wechselordnung dieses Wort allein für hinreichend gehalten, und nicht verlangt, daß der Wechsel an „Ordre" gestellt werde, noch daß er angebe, wie der Werth vom Nehmer berichtigt worden ist. Allerdings hat sich Biener einer der ausgezeichnetsten Kenner der Geschichte des Wechselrechts, tadelnd darüber ausgesprochen, vrgl. Archiv für d. Wechselrecht Bd. 5 S. 241—55; aber mit Unrecht, wie mir scheint. Denn wenn auch die allgemeine Uebung beide Bezeichnungen in dem Wechsel beibehalten hat, so ist doch der Werth derselben ein sehr zweifelhafter. So lange das römische Recht noch eine unbedingte Autorität behauptete, mochte man es für nothwendig halten, mittels des Wortes „Ordre" eine Fiktion zu begründen, welche es möglich machte, bei der Begebung des Wechsels den römisch-rechtlichen Prinzipien über die Cession zu entgehen, wiewohl eine folgerechte Anwendung des Grundes, welchen der römische Jurist Paulus in l. 19 D. de novationibus (46. 2) für deren Ausschluß bei den Delegationen anführt, zu dem nämlichen Resultat für alle Uebertragungen hätte führen müssen. Sobald aber eine unbefangenere Anschauung dem Fortschritte der Rechtswissenschaft Raum gewährte, konnte man jene Fiction fallen lassen und dem germanischen Rechtsprincip, das der Bewegung des freien Verkehrs entsprach, das Uebergewicht einräumen. Nach der deutschen Wechselordnung können demnach Wechsel indossirt werden, auch wenn sie nicht an Ordre gestellt sind. Was nun die Bezeichnung, wie der Werth (die Valuta) berichtigt wurde, betrifft, so gibt Biener selbst zu, daß man sich schon in ältern Zeiten solcher Ausdrücke, wie z. B. Werth verstanden, Werth gewechselt, Werth unter uns, wofür in neuerer Zeit der Ausdruck „Werth in Rechnung" aufkam, bediente, aus welchen nicht ersehen werden konnte, ob überhaupt ein Werth und welcher Werth für den Wechsel ge-

Digitized by Google

geben wurde. Diese Bezeichnung sank daher zu einer Formalität herab und wurde gänzlich bedeutungslos. Hätte man gleichwohl davon die Gültigkeit des Wechsels abhängig gemacht, so hätte man sich nicht allein gerechtem Tadel ausgesetzt, sondern auch alle die Nachtheile in der Rechtsprechung hervorgerufen, von denen die Sammlungen französischer Urtheile Zeugniß geben. Ob übrigens die Art und Weise, wie der Werth von dem Nehmer des Wechsels berichtigt wurde, in dem Wechsel ausgedrückt wird oder nicht, darin wenigstens stimmt das franz. Recht mit dem unsrigen überein, daß sobald die vom Gesetz vorgeschriebene Form beobachtet ist, der Wechsel alle die Folgen, welche Gesetz oder Herkommen diesen Urkunden beilegen, für alle dabei betheiligten Personen hat, und daß sie sich, dritten Personen gegenüber, nicht auf die besondere Verabredungen, welche etwa bei der Ausstellung oder Indossirung dieser Urkunden statt gefunden haben, beziehen können. Diese Folgen sind also bedingt durch die Beobachtung der Form, weßhalb man den Wechsel einen Formalact, den Wechselvertrag einen Formal- oder auch einen formellen Vertrag genannt hat (vrgl. oben §. 17). In gewissem Sinn sind freilich alle Urkunden Formalakte; denn die rechtliche Wirksamkeit aller Urkunden hängt mehr oder weniger von ihrer Form ab: Privaturkunden bedürfen des Datum und der Unterschrift, Notariatsurkunden, Protokolle, namentlich aber Testamente müssen den vorgeschriebenen Formen entsprechen; aber alle diese Urkunden unterscheiden sich in einem wesentlichen Punkte sowohl von dem Wechsel wie von der kaufmännischen Anweisung, nämlich darin, daß ihre Wirksamkeit sich nur soweit erstreckt, als der Wille der betreffenden Personen darin ausgedrückt ist, während bei dem Wechsel und der kaufmännischen Anweisung (wie auch bei dem Indossament) eine Gewährleistung unterstellt wird, welche nirgends in Worten ausgesprochen wurde. In diesem Punkt unterscheiden sich Wechsel, kaufmännische Anweisung und Indossament auch von der römischen stipulatio, welche meines Wissens nur soweit als der Wille der Partheien in Worten ausgesprochen wurde, wirksam war. Die Unterstellung einer nirgends ausgesprochenen Gewährleistung ist daher dasjenige, was dem Wechsel, der Anweisung, dem Indossament eigenthümlich ist; diese Unterstellung findet aber nur dann statt, wenn die durch Gesetz oder Herkommen festgestellte Form beobachtet ist, daher hat die Form hier eine größere Bedeutung als bei andern noch so formellen Urkunden.

Die Gewährleistung bei Wechseln ist aber auch eine eine andere, als bei kaufmännischen Anweisungen, und da sie weder in jenen noch in diesen ausgedrückt ist, so ist es wieder nur die äußere Form, welche den Umfang der übernommenen Gewährleistung erkennen läßt. Endlich ist auch das bemerkenswerth, daß der Umfang der Gewährleistung bei Indossamenten wesentlich davon abhängig ist, ob sie auf einen Wechsel oder auf eine kaufmännische Anweisung gesetzt wurde; in dem einen Fall muß der Indossant für Annahme und Zahlung, in dem andern nur für Zahlung einstehen. (Nach dem preußischen Landrecht existirt dieser Unterschied nicht.) In allen diesen Dingen macht sich die Bedeutung der Form geltend; es liegt aber der Form ein Sinn zu Grund, den man auffuchen und sich stets vergegenwärtigen muß, um den Werth der Form nicht zu überschätzen und ihr kein größeres Gebiet einzuräumen, als ihr gebührt. So z. B. ist das Ziehen von einem Ort auf den andern eine Form, welche nur so lange Bedeutung hatte, als die Zinsverbote des kanonischen Rechts bestanden, so ist der Beisatz des Wortes „Ordre“ nur insofern von Bedeutung, als es nothwendig ist, der römischen Theorie von der Cession auszuweichen; so war der Beisatz über die Valutaberichtigung nur so lange erheblich, als man der ebenfalls aus dem römischen Recht überkommenen Theorie über die numerata pecunia folgte. *) Man hat in neuerer Zeit auch die Frage, ob Zinsen in einem eigenen Wechsel verbrochen werden können, aus Mißverständniß zu einer Formfrage gemacht und Urtheile erlassen, welche entschieden das materielle Recht verletzen.

vrgl. Archiv für d. Wechselrecht Bd. 1 S. 107, Bd. 3 S. 190, Bd. 4 S. 101.

Nach Borchardt Zusatz 3 zu Art. 96 Note 82 hat der erste Senat des Obergerichts in Wolfenbüttel durch Erkenntniß vom 19. Mai 1854 Wechsel mit Zinsversprechen für gültige Wechsel erkannt. Das Oberappellationsgericht in Dresden scheint in seinem Erkenntniß vom 23. Januar 1835 (bei Kletke No. 369 und N. 1) sich dieser Ansicht anzuschließen. Uebereinstimmend damit ist Biener in dem 6. Bd. des Archivs S. 1—17. Man hat ferner angenommen, die Verjährungsfrist eines Wechsels laufe vom Verfalltag, wenn dieser auch protestirt worden ist: so Brauer im Archiv 5. Bd. S. 20 und

*) Vrgl. die Anerkennung als Verpflichtungsgrund von Otto Bähr, Cassel 1855 S. 140—151, ferner den Anhang zu dieser Schrift.

Digitized by Google

Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel vom März 1852 und des Handelsgerichts zu Braunschweig vom 21. Oktober 1853 bei Klettel. c. No. 534. Es ist aber einleuchtend, daß der Gläubiger, so lange die Prolongationsfrist läuft, nicht klagen darf, daß daher die Verjährungsfrist umlaufen kann, ehe er nur in der Lage ist, eine Klage anstellen zu können, was sowohl der natürlichen Billigkeit, wie auch der bekannten Rechtsregel: agere non valenti non currit praescriptio widerspricht. Brauer bezieht sich zur Vertheidigung seiner Ansicht auf den aus der Natur des Wechsels als Papiergeld fließenden Satz, daß es nicht von der Willkühr des Gebers einer Wechselerklärung abhängt, die rechtlichen Folgen derselben zu bestimmen, s. dessen Erläuterung der Wechselordnung in der Einleitung §. 7 No. II.; es sei nämlich, wird weiter behauptet, Ansicht der Leipziger Conferenz gewesen, daß die rechtlichen Folgen der Wechselerklärungen unabänderliche Geltung haben sollen, und Abweichungen nicht bedungen werden können, soweit sie das Gesetz nicht ausdrücklich gestattet, ibid. ad not. 55. In dem 5. Bde. des Archivs S. 18 wird diese Behauptung wiederholt: „Wir wissen aus den „Wechselconferenzen, daß die Folgen der Wechselerklärung lediglich durch das Gesetz bestimmt sein sollen und „die Partheien nur die Clauseln beifügen dürfen, welche „das Gesetz speciell erlaubt." Dagegen hat schon Biener in dem Archiv 6. Bd. S. 13 darauf hingewiesen, daß die Protokolle der Leipziger Conferenz*) sich nur darüber aussprechen, ob es den Partheien gestattet sei, die gesetzlichen Bestimmungen durch Vertrag abzuändern, was auf den davon ganz verschiedenen Fall, wo die Gesetze durchaus schweigen, wie z. B. bezüglich der Zinsen oder der Prolongation des Verfalltags, nicht ausgedehnt werden könne. Ohnedies bin ich der Meinung, daß die Ansichten der Conferenz wohl ein sehr werthvolles Material zur Erläuterung des Gesetzes bieten, daß sie aber keineswegs einen mangelnden Ausspruch des Gesetzgebers zu ersetzen geeignet sind. Insoweit daher diese Ansichten mit dem positiven Recht oder mit allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen in Widerspruch stehen, kann ihnen kein Werth beigelegt werden. Es ist nun, und dies wird von Niemanden bestritten werden, den Partheien in Bezug auf Vermögensrechte jedes Uebereinkommen, das nicht den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitet, gestattet; Willkühr bricht Landrecht. Dieser Grundsatz muß auch für Wechsel gelten, insofern das Gesetz nicht eine Ausnahme macht. Die allgemeine Wechselordnung hat nun nicht allein diesen Grundsatz für Wechsel nicht aufgehoben, sondern sogar den Contrahenten gestattet, die gesetzlich festgestellten Folgen der Wechselerklärungen in mannichfaltiger Weise zu modificiren, wie Brauer selbst dieses in der Note 55 S. 27 seiner Erläuterungen (erste Ausgabe) anerkennt. Der Aussteller kann dem Wechsel durch den Ausdruck „nicht an Ordre" die Indossirbarkeit entziehen. Der Indossant kann sich der Garantie durch den Beisatz „ohne Gewährleistung" entziehen. Bei Sichtwechseln kann die Präsentationsfrist vorgeschrieben werden. Man kann die Protesterhebung erlassen u. s. w. Warum soll man nicht Zinsen bei dem Wechsel bedingen dürfen? Warum soll man nicht den Verfalltag hinausschieben dürfen? Allerdings können dritte Personen, welche bei diesem Uebereinkommen nicht mitgewirkt haben, durch dasselbe nicht gebunden werden; aber unter den Contrahenten hat es seine volle Wirkung. Der Wechselgläubiger, welcher seine Zustimmung zur Prolongation gegeben, kann vor dem neuen Verfalltag nicht klagen; dagegen läuft, ihm gegenüber, die Verjährung erst von dem neuen Verfalltag.

§. 28.

Schluß.

Diese Ausführung soll darthun, daß der gezogene Wechsel mit dem allgemeinen Rechtssystem in vollkommenem Einklange steht, und daß es keiner künstlichen Theorieen bedarf, um seine Folgen zu erklären. Die gewöhnliche Anweisung, welche durchaus nur nach den Principien des Civilrechts beurtheilt wird, enthält schon die Grundform des gezogenen Wechsels: das mandatum alieno gratia. Beide dienen dem Nehmer als Vollmacht zur Erhebung einer Geldsumme bei einem Dritten. Macht dieser sich mittels des Accepts zur Zahlung verbindlich, so kann der Nehmer wider ihn klagen und hat keine Einreden zu fürchten, welche dessen Beziehungen zu dem Aussteller betreffen.

(Schluß folgt.)

*) Protokoll XII. Mannheimer Ausgabe. S. 27.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 45.**

I.

Die Anweisung und der gezogene Wechsel.

(Schluß.)

Bei beiden erfolgt die Zahlung nur gegen Ausfolgung der Urkunde, wie ja auch im gewöhnlichen Leben derjenige, welcher auf den Grund einer Vollmacht eine Zahlung in Empfang nimmt, sie den Zahlenden auszufolgen hat, weil dieser derselben bedarf, um dem Vollmachtgeber die Zahlung aufrechnen zu können. Wesentliche Abweichungen treten allerdings nach zwei Richtungen hervor: Wenn der Angewiesene die Anweisung nicht honorirt, kann der Nehmer nicht ohne weiters auf den Anweiser zurückgreifen; vielmehr muß er den Rückgriff nach den Grundsätzen des Civilrechts begründen, z. B. indem er anführt, er habe für die Anweisung einen Werth gegeben, in der Voraussetzung, Zahlung bei dem Angewiesenen zu erhalten; diese sei jedoch nicht erfolgt, es sei daher causa data sed non secuta. Bei dem gezogenen Wechsel findet der Rückgriff schon allein um der Thatsache willen, daß der Bezogene die Zahlung verweigert hat, statt, und es muß deßhalb angenommen werden, der Aussteller habe eine Gewährleistung für die Zahlung übernommen. Diese Verschiedenheit hat eine weitere wichtige Folge: Wird eine Anweisung für eine bestehende Schuld gegeben, so wird diese nicht getilgt; es gilt vielmehr die Regel: Anweisung ist nicht Zahlung. Wird dagegen ein Wechsel für eine bestehende Schuld gegeben, so übernimmt der Aussteller eine neue Verbindlichkeit, nämlich die Gewährleistung für die Zahlung des Wechsels. Wenn daher nichts Anderes verabredet ist, so müssen wir annehmen, er habe diese neue Verbindlichkeit nur zur Tilgung der alten übernommen, sonst hätte er zwei Verbindlichkeiten, die alte und die neue. In dem Geben eines Wechsels für eine bestehende Schuld liegt daher eine Novation. So hat das Obertribunal in Berlin den 28. Oktober 1851 erkannt. vrgl. Archiv für d. Wechselrecht 3. Bd. S. 197; ebenso das Oberappellationsgericht zu Dresden in einem vortrefflich motivirten Urtheil vom Februar 1853 und in zwei spätern Urtheilen vom Oktober und November 1855 bei Klette l. c. No. 377 und 589. Gleiche Entscheidungen erfolgten von dem Appellationsgericht in Zwickau und dem Kammergericht in Berlin. Klette No. 591 und 92; vrgl. über diese Frage Archiv für d. Wechselrecht. 4. Bd. S. 129—154 und 5. Bd. S. 122—150.

Ein anderer Unterschied zwischen der Anweisung und dem gezogenen Wechsel beziehet sich auf die Uebertragung. Nach römischen Rechtsbegriffen stehen dem Cessionar alle Einreden entgegen, welche bezüglich des cedirten Rechts dem Cedenten entgegengesetzt werden konnten, nach der Regel, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat. Mit diesem Grundsatz wäre aber kein Verkehr in Wechseln möglich; man ist daher demselben mittels einer sinnreichen Fiction aus dem Weg gegangen: man stellte die Wechsel an Ordre, und nahm an, die Wechselverbindlichkeit sei ursprünglich nicht nur zu Gunsten des ersten Nehmers, sondern auch zu Gunsten eines unbekannten Dritten, dessen Benennung dem ersten Nehmer frei stand, übernommen worden. Dieser Dritte erschien in Folge dieser Fiction nicht als Cessionar, sondern gleich dem ersten Nehmer als ursprünglicher Contrahent. Indem man dieselbe Fiction auf alle spätern Nehmer ausdehnte, gelangte man dahin, daß keinem derselben Einreden aus der Person der Vormänner entgegen gesetzt werden konnten. Mittels der nämlichen Fiction gelangte man in durchaus natürlicher Folge zu den jetzt so vielfach cirkulirenden Inhaberpapieren: Bei den Ordrepapieren behält sich nemlich der ursprüng-

Digitized by Google

liche Contrahent vor, den Dritten, an welchen er übertragen will, zu benennen. Dieser Dritte ist für den, der die Verbindlichkeit übernimmt, eine unbekannte Person; ihm kann es daher gleichgültig sein, ob dieselbe durch ihren Namen oder in sonst einer hinreichend kenntlichen Weise bezeichnet wird. Da es nun bei Ordrepapieren üblich war, die Zahlung nur gegen Auslolgung des Papiers, auf welchem sowohl die Verbindlichkeit des Zahlenden wie auch die Ordre des Nehmers beurkundet war, zu leisten, mithin der Besitz dieses Papiers zur Erlangung der Zahlung nothwendig war, so lag der Gedanke sehr nahe, die Legitimation des Gläubigers überhaupt nur von dem Besitz des Papiers, welches die Verbindlichkeit des Zahlenden beurkundete, abhängig zu machen. Der Gläubiger wurde sonach nicht mehr mittels seines Namens, sondern in anderer Weise, welche jedoch dem Schuldner hinreichende Sicherheit bot, um zu verhüten, daß er nicht an den Unrechten zahle, bezeichnet. Die Schuldurkunde wurde an den Inhaber gestellt, und der Schuldner galt für befreit, wenn er gegen Auslieferung der Schuldurkunde an den Inhaber zahlte. Gegen diesen Inhaber konnten aber vom Schuldner keine Einreden, welche etwa den Vormännern entgegenstanden, vorgebracht werden, einmal schon deßwegen, weil diese Vormänner nirgends benannt und daher unbekannt waren, dann aber auch weil bei dem ursprünglichen Vertrag der Schuldner sich verbindlich gemacht hatte, an denjenigen, welcher sich mittels Inhabung des Papiers legitimiren werde, zu zahlen. Dieser erschien somit, dem Schuldner gegenüber, als ursprünglicher Gläubiger, nicht als Rechtsnachfolger des ersten Nehmers.

Diese Theorie hat übrigens einen Werth nur so lange, als man dem römischen Rechte folgt; sobald man aber den Grundsatz des deutschen Rechts „Hand muß Hand wahren“ auch auf das Obligationenrecht anwendet, können die besondern Beziehungen, in welchen der Schuldner zu dem frühern Gläubiger stand, bezüglich des spätern Gläubigers nur als res inter alios gelten. Man bedarf daher der mittels des Wortes „Ordre“ begründeten Fiktion nicht mehr; die deutsche Wechselordnung hat sie daher mit Recht verlassen. Der Verkehr war hierdurch von einer lästigen Fessel befreit, erlangte aber erst dadurch eine vollständige Sicherheit, daß bei den Uebertragungen angenommen wurde, der Uebertragende übernehme hinsichtlich der übertragenen Forderung dieselbe Gewähr, welche der erste Aussteller übernommen hatte. Diese Gewährleistung ist es, welche das Indossament von der sonst üblichen Uebertragung (Cession) unterscheidet. Die Vortheile dieser Grundsätze des neuern Rechts waren so einleuchtend, daß man sie alsbald auch auf die Anweisung mit mehr oder weniger Erfolg anwendete; so entstand die kaufmännische Anweisung, ein Institut, das auf civilrechtlichen Grundlagen ruhend dennoch der Anwendung des Wechselrechts unterliegt, und daher den Beweis liefert, daß Civil- und Wechselrecht nicht im Gegensatz zu einander stehen, sondern beide in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze des Rechts in vollständiger Uebereinstimmung sich befinden.

Dr. Ladenburg.

II.

Oberhofgericht.

1) **Gegen das Erkenntniß, welches die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung als unbegründet verwirft, ist kein selbstständiges Rechtsmittel zulässig.**
2) **Hat der Unterrichter auf den Grund dieser Einrede die Klage abgewiesen, so darf das Appellationsgericht, indem es die Einrede verwirft, die Hauptsache selbst nicht zur weitern Verhandlung und Entscheidung an den vorigen Richter zurückweisen.**
3) **Es ist aber zweifelhaft, ob gegen das die Zurückweisung verfügende Urtheil des Appellationsgerichts ein dritter Rechtszug statt findet.**

Renchen gegen Braun.

Der von der Pfarrei Renchen auf Entrichtung einer Weingült angestellten Klage wurde die Einrede der entschiedenen Sache entgegengesetzt, durch Erkenntniß vom 18. Juni 1857 die Klage abgewiesen. Dieses Erkenntniß ward jedoch durch hofgerichtliches Urtheil vom 21. August 1857 zu Gunsten der appellirenden Pfarrei dahin abgeändert:

daß die prozeßhindernde Einrede der rechtskräftigen Entscheidung als unbegründet zu verwerfen und der Verklagte Appellat in die hierdurch veranlaßten Kosten beider Rechtszüge zu verfällen, sofort in der

Digitized by Google

Hauptsache bei dem Untergericht weitere Verhandlung zu pflegen sei. —

Der Beklagte beschwerte sich im Wege der Oberberufung gegen den ganzen Inhalt des vorstehenden Urtheils und hob dabei besonders hervor, wie nach seinem Dafürhalten das großh. Hofgericht die weitere Verhandlung selbst hätte pflegen und nicht an den Unterrichter zurückweisen sollen. Sein Antrag ging indessen auf Wiederherstellung des untergerichtlichen Erkenntnisses, weil die vorgedachte Einrede sowohl begründet als erwiesen sei.

Da in dritter Instanz über die Zulässigkeit des Rechtsmittels ein Zweifel entstand, so erhielt der oberappellantische Anwalt die Auflage, bei der mündlichen Verhandlung sich zunächst über die Statthaftigkeit der Oberappellation zu erklären.

Nach Anhörung der beiderseitigen Vorträge über die Präjudicial-Frage und die Hauptsache erkolte sodann am 23. Dezember 1857 die oberhofgerichtliche Entscheidung dahin:

1) Es sei die Oberappellation, soweit sie gegen Verwerfung der Einrede der entschiedenen Sache gerichtet ist, als zur Zeit unstatthaft zu erklären; dagegen sei
2) das hofgerichtliche Urtheil, soweit es das Urtheil erster Instanz aufhebt und die weitere Verhandlung der Hauptsache an das Untergericht zurückweist, so wie auch über die Kosten erster Instanz erkannt, aufzuheben und das großh. Hofgericht anzuweisen, in der Hauptsache selbst weiter zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Kosten der dritten Instanz werden verglichen.

Gründe.

In der ersten Instanz wurde die erhobene Klage deßhalb abgewiesen, weil der Unterrichter die prozeßhindernd vorgeschützte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache *als begründet* erkannt hat.

Gegen dieses Urtheil hat Kläger die Appellation ergriffen und die Beschwerde aufgestellt, daß die Klage aus dem oben angeführten Grunde abgewiesen worden sei. Es wurde um Verurtheilung des Beklagten gebeten, dagegen die formelle Rechtsbeständigkeit des unterrichterlichen Urtheils nicht angefochten.

Bei dieser Sachlage hat das Hofgericht ausgesprochen:

1) es sei die vorgeschützte Einrede *als unbegründet* zu verwerfen,
2) das amtliche Urtheil sei aufzuheben und der Unterrichter anzuweisen, weiter in der Sache zu verhandeln,
3) der Appellat in die hierdurch erwachsenen Kosten beider Instanzen zu verfällen.

Gegen den ganzen Inhalt dieses Urtheils ist die Oberappellation vom Beklagten eingeführt und dabei namentlich als beschwerend hervorgehoben worden, daß das Hofgericht nicht selbst die weiteren Verhandlungen gepflogen, sondern die Sache an den Unterrichter zurückgewiesen und das untergerichtliche Urtheil aufgehoben habe. Es ist nun

Zu 1) die Oberappellation zur Zeit nicht zulässig, denn soweit das Hofgericht die Einrede der entschiedenen Sache verwirft, liegt ein Zwischenerkenntniß vor, bei welchem die Regel des §. 1128 der Pr.O. eintritt, daß die Beschwerden gegen dasselbe erst mit der Appellation gegen das Endurtheil geltend gemacht werden können.

Was dagegen die weitere Beschwerde

Zu 2) betrifft, so ist diese Beschwerde sowohl begründet als auch jetzt schon zulässig.

Nachdem nämlich der Unterrichter aus materiellen Gründen ein Endurtheil erlassen hatte und die formelle Rechtsbeständigkeit dieses Urtheils überall nicht angefochten war, mußte der Oberrichter nach §. 1176 der Pr.O. gleichfalls ein Endurtheil erlassen, mithin die Einrede, wenn er sie für unbegründet erachtete, zwar verwerfen, aber selbst weitere Verhandlungen pflegen und am Schlusse derselben das unterrichterliche, die Klage abweisende Urtheil entweder bestätigen oder abändern. Das Hofgericht hat also gegen diese Vorschriften des Verfahrens gefehlt, wenn es das Urtheil der ersten Instanz lediglich *aufhob* und den Unterrichter anwies, nochmals ein Erkenntniß in der von ihm bereits abgeurtheilten Sache zu fällen. Dieß darf selbst dann nicht geschehen, wenn auf die Klage die Ladung nach §. 283 der Pr.O. versagt wurde, somit auch nicht, wenn die Klage auf den Grund einer zerstörlichen, gleichviel ob prozeßhindernd oder mit der Einlassung vorgetragenen Einrede, abgewiesen wurde, indem hier nicht nur der deutliche Ausdruck, sondern auch der *Grund* des Gesetzes (§. 1176. 1177) volle Anwendung leidet.

Die Beschwerden gegen diesen Theil des hofgerichtlichen Erkenntnisses müssen auch *jetzt* schon zugelassen werden, weil dieselben mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gut gemacht, d. h. die inzwischen erfolgten prozessualischen Vorgänge nicht mehr ungeschehen

Digitized by Google

gemacht werden können, sonst der Partei ein irreparabler Nachtheil zugefügt würde, wenn die Beschwerdeführung erst mit der Appellation gegen das Endurtheil statt finden dürfte. Ist aber diese Beschwerde in Gemäßheit der §§. 353 und 1128 Abs. 2 der Pr.O. zulässig und begründet so muß auch

Zu 3) das hofgerichtliche Urtheil in so weit aufgehoben werden, als es in Verbindung mit der Aufhebung des amtsgerichtlichen Urtheils über die Kosten erster Instanz erkannt hat, indem dieses Erkenntniß erst dann erfolgen kann, wenn seiner Zeit das unterrichterliche Urtheil bestätigt oder abgeändert wird.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Ein abweichendes Votum hielt die Oberappellation auch zu 2) nicht für zulässig, weil ihr das formelle Bedenken entgegenstehe, daß der Oberappellant weder im Libell noch bei der mündlichen Verhandlung den in den Entscheidungsgründen erwähnten Nachtheil behauptet, mithin sein Gegner nicht veranlaßt gewesen sei, seine Vertheidigung dagegen zu richten.

Die von dem Hofgericht an den Unterrichter verwiesene weitere Verhandlung der Sache sei aber auch, wenngleich ungesetzlich, doch kein Nachtheil im Sinne des §. 353 der Pr.O., welcher als Ausnahme von der Regel des §. 352 streng auszulegen sei. Deßhalb und nach dem, auf den Genuß dieser Gesetzesstelle zu entscheidenden, Zweck derselben könne unter seinem Nachtheil, welcher durch die Verbindung der Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr geboben werden könnte, nicht schon eine diese Weiterung des Verfahrens gehoben werden. Keine unnöthige Ausdehnung der Verhandlung, keine zeitraubende und kostspielige Vervielfältigung prozessualischer Akte könne ungeschehen gemacht werden. Dennoch zähle der Gesetzgeber dergleichen nicht zu den Nachtheilen des §. 353, denn sonst hätte er nicht den Art. 3 der Prozeßnovelle von 1837 (jetzt §. 353 Pr.O.) gerade zur Beseitigung derartiger Bestimmungen des §. 391, der alten Pr.O. sanktionirt. Ungeeignete Beweisverfügungen die nur eine Verzögerung zur Folge hatten, Zulassung ungesetzlicher Beweismittel u. dgl. hätten der Appellation — nach §. 391 der alten Pr.O. — sogleich Eingang verschafft. Die Erfahrung habe gelehrt, daß durch solche Rechtsmittel weit mehr Verzögerungen und Kostenaufwand entstanden, als wenn das Rechtsmittel erst mit denjenigen verbunden worden wäre, welches erst gegen das Endurtheil zur Ausführung gekommen sei. Man sei davon ausgegangen, daß in solchen Fällen die eigentliche Beschwerde schon dadurch genügend gehoben werde, daß dereinst der Appellationsrichter solche Ungesetzlichkeiten als nicht geschehen betrachtet, wenn sie auch an und für sich nicht ungeschehen gemacht werden können. Wenn der Unterrichter den Zeugenbeweis in gesetzlicher Weise zuließ, so könne natürlich diese Zulassung nicht mehr ungeschehen gemacht werden, man erachte die Beschwerde aber deunoch für gehoben, wenn der Oberrichter seine Rücksicht auf das Ergebniß des Zeugenbeweises nehme, (s. die Motive), obgleich der Aufwand an Zeit und Kosten nicht ungeschehen gemacht werden könne. Wegen der Kosten allein habe obnehin keine Appellation gegen eine prozeßleitende Verfügung oder ein Zwischenurtheil zugelassen werden können, da sie ja sogar gegen das Endurtheil unstatthaft sei.

So scheine auch in concreto kein wahrer, bleibender Nachtheil für den Beklagten in der (allerdings ungesetzlichen) Verweisung der weitern Verhandlung an den Unterrichter zu liegen, sondern nur eine unnöthige Weiterung, die seinen Rechten unnachtheilig bleiben müsse und werde, wenn der oberste Gerichtshof dereinst, wenn die Hauptsache an ihn erwachse, alles in der Mitte liegende, soweit es ungesetzlich sei und den Rechten des Beklagten Nachtheil bringen könnte, als nicht geschehen betrachte.

Wie zweckmäßig das Verbot solcher vorzeitiger Appellationen sei, zeige gerade der vorliegende Fall. Hätte der Beklagte, anstatt die Oberappellation zu ergreifen, dem hofgerichtlichen Urtheile Folge geleistet, so wären wohl schon die Verhandlungen vor dem Unterrichter, inzwischen (von August bis Dezember) vor sich gegangen und das großb. Hofgericht nunmehr weit früher in der Lage, ein Endurtheil zu fällen, als es jetzt der Fall sein werde, da jene Verhandlungen erst in zweiter Instanz vor sich gehen müßten.

Anmerkung der Redaction.

Eine dritte, im Resultat mit der oberhofgerichtlichen Entscheidung übereinstimmende Ansicht wäre die, daß dem Rechtsmittel nach §. 1130 der Pr.O. wegen vom Appellationsgerichte selbst verletzten Vorschriften des Verfahrens, die auch das Specialvotum nicht verkannt, statt gegeben werden müßte, da in dieser Hinsicht das formelle Bedenken, daß die deßfallsige Beschwerde vom Oberappellanten nicht geltend gemacht worden sei — nach dem oben angeführten Inhalt

Digitized by Google

der Beschwerdeschrift kaum entgegenstehen dürfte. Ist aber in einem solchen Falle die Oberappellation selbst ohne Rücksicht auf die Summe zulässig, so muß sie es auch alsdann sein, wenn über das Dasein dieser Summe, wie hier, gar kein Zweifel herrscht.

D. R.

III.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

St.G.B. §. 534.

Ersatz und Strafe des Wuchers.

In dem im Bezirke des mittelrheinischen Hofgerichtes anhängig gewordenen, jetzt dem obersten Gerichtshofe zur höheren Entscheidung vorliegenden Monstreprozeß gegen Rector Sch., Franz Z. und Genossen wegen Wuchers kam unter Anderem auch die Auslegung des St.G.B. §. 534 hinsichtlich der vorgezeichneten Zurückerstattung des bezogenen Gewinnes in Frage.

Der erwähnte Paragraph drückt sich, soweit er in Betracht kommt, dahin aus:

„Der Wucherer verfällt, nebstdem, daß er dem Anderen den ganzen Betrag des von ihm bezogenen Gewinnes zurückerstatten hat, in eine Geldstrafe, welche bis zum zehnfachen Betrage des Bezogenen, oder des beabsichtigten Gewinnes ansteigen kann," u. s. w.

In dem angeführten Straffalle war von Keinem der Beschädigten ein Begehren wegen des Rückersatzes gestellt worden; zum Theil schienen dieselben auch gar nicht gesonnen zu sein, irgend einen Ersatz zu beanspruchen. Es entstand daher die Frage, ob und inwieweit im Hinblick auf jene besondere Bestimmung des Gesetzes dennoch die Zurückerstattung des bezogenen Gewinnes urtheilsmäßig aufzugeben oder doch vorzubehalten sei.

Während bei anderen Verbrechen, die ebenfalls eine Vermögensbeschädigung enthalten und dem Verletzten einen Anspruch auf Ersatz oder Zurückerstattung geben, der Rückersatz im Strafgesetzbuch selbst nirgend besonders verzeichnet erscheint, ist hier, in §. 534, die Zurückerstattung des bezogenen Gewinnes neben der zu erkennenden Geldstrafe gleichsam in der Strafbestimmung selbst (der §. 534 trägt die Ueberschrift „Strafe") ausdrücklich angeordnet. Insofern der Rückersatz sich nicht blos auf den übermäßigen Gewinn beschränken, sondern den ganzen, bezogenen Gewinn [1]) umfassen soll, ist hier allerdings auch mehr, als eine gewöhnliche Ersatzleistung vorgeschrieben. Alle diese Umstände zusammen genommen, namentlich auch die Art und Weise, wie jene Ersatzbestimmung gefaßt ist, könnten etwa dafür angeführt werden, daß im Sinne des Gesetzes, unabhängig von einem etwaigen Begehren des Beschädigten die Zurückerstattung des Gewinnes als ein Theil der vorgesehenen Strafe im Strafurtheil jeweils von Amtswegen auszusprechen sei.

Diese Ansicht wurde in der That auch bei der Urtheilsberathung in obiger Strafsache geltend gemacht, vom Gerichtshofe aber in dieser Unbeschränktheit nicht gebilligt, indem sich derselbe vielmehr darauf beschränkte, mit Rücksicht auf jene besondere Ersatzbestimmung, und im Einklang mit dieser, vorbehaltsweise im Urtheil auszudrücken, daß die fragliche (bei dem Hauptangeschuldigten sehr bedeutende) Geldstrafe nebendem, daß der Verurtheilte auf Verlangen des Beschädigten Diesem den ganzen Betrag des bezogenen Gewinnes zu erstatten habe, gegen den Ersteren erkannt werde.

Der gewählte Ausweg erschien wohl nach Sachlage angemessen, wenn gleich der bezügliche Vorbehalt wie fast alle urtheilsmäßigen Vorbehalte, ohne wesentlichen Nachtheil für die Sache auch hätte wegbleiben können.

Zieht man nämlich das in unserem Strafverfahren allgemein angenommene System in Betracht, wonach über die civilrechtlichen Ansprüche des Verletzten nur auf das im Wege der Anschließung an das Strafverfahren erfolgte Begehren desselben strafrichterlich erkannt wird (St.P.O. §. 328 und folgende), indem jener Hauptgrundsatz des bürgerlichen Prozesses, daß nur auf Anrufen der Betheiligten verfahren wird, auch von Ersatzansprüchen aus Verbrechen und deren Berücksichtigung im Strafverfahren gilt; zieht man insbesondere in Betracht, daß sogar die Zurückerstattung des durch Raub, Erpressung, rohe Gewaltthätigkeit, schändlichen Betrug [2]) u. s. w. Entzogenen, der Er-

---

[1]) In diesem Sinne ist unzweifelhaft die betreffende Vorschrift zu verstehen. Aehnlich wie das bürgerliche Gesetz in L.R.S. 792. 1477 die Unterschlagung von Erbschafts- und Gemeinschaftsstücken durch Betheiligte mit dem Verlust ihres rechtmäßigen Antheils an dieselben bedroht, ist hier der Verlust auch des gesetzmäßigen Gewinnes dem Wucherer gedroht. Diese strafartige Bestimmung ist aber civilrechtlicher Natur.

[2]) Mit dem Betruge hat das Vergehen des Wuchers unverkennbar die meiste Aehnlichkeit, insofern eine rechtswidrige Uebervor-

Digitized by Google

satz des durch Brandstiftung und ähnliche schwere Verbrechen angerichteten Schadens niemals ohne Antrag des Beschädigten [a]) ausgesprochen wird, so wird man sich bald überzeugen, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liegen konnte, hinsichtlich des Wuchers, der ein weit geringeres, gelinder bestraftes, an und für sich nur schwer als eine gerichtlich strafbare That zu erklärendes, Vergehen enthält, eine Ausnahme von jenem Hauptgrundsatze des Verfahrens über das Mein und Dein einzuführen.

Man wird hiernach vielmehr das Gesetz einfach in dem Sinne auffassen haben, daß es eben am geeigneten Orte aussprechen wollte, wie nicht blos der übermäßige Vortheil, sondern der ganze wegen der Rechtswidrigkeit des Wuchergeschäftes als gesetzwidrig behandelte Gewinn geeigneten Falles dem Beschädigten zurückzuerstatten, und wie die in Geldbuße bestehende Strafe noch neben dem gesetzlich begründeten vollen Gewinnsatze als eine besondere Strafe richterlich zu bemessen und festzusetzen ist. Diese Auslegung steht mit dem Wortlaute des §. 534 keineswegs im Widerspruch. Sie wahrt auch der fraglichen Ersatzbestimmung eine erhebliche Bedeutung und hinreichende Wirksamkeit, indem die Zurückerstattung des ganzen Gewinnes, auch soweit er nicht übermäßig erscheint, sich durchaus nicht von selbst verstände [b]), und die Geldstrafe sich als eine selbstständige, von der Zurückerstattung des Gewinnes unabhängige Buße darstellen soll. Endlich entspricht diese Auslegung auch der allgemein gültigen Auslegungsregel, daß eine Ausnahme von sonst allgemein anerkannten Grundsätzen im Zweifel nicht anzunehmen ist. Eine wesentliche Abänderung der Vorschriften des Strafverfahrens dürfte überhaupt im Strafgesetzbuch gar nicht zu suchen sein. [c])

[a]) Wegen Rückgabe entfremdeter Gegenstände von Amtswegen ist Str.P.O. §. 342 zu vergleichen. Diese besondere Ausnahme kommt hier nicht weiter in Betracht, da sie nur eine einfache richterliche Maßregel, keinen richterlichen Ausspruch enthält.

[b]) Vrgl. das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen §. 1, ferner L.R.S. 1907 a und ff., 1907 f, Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 §. 5 Ziff. 7. L.R.S. 1382 und ff., 1151 und insbesondere L.R.S. 6n und hiezu Note 1 oben.

[c]) Eine Abänderung des Landrechtes liegt allerdings und unzweifelhaft in Str.G.B. §. 534. Der Entwurf enthielt die ausdrückliche Bestimmung: „Der L.R.S. 1907 f ist aufgehoben.“ Nach Antrag der Commission der zweiten Kammer wurde dieser Satz gestrichen, um in das Einführungsgesetz aufgenommen zu werden.

Die Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 533. 534 (§. 489. 490 des E.) und die bezüglichen landständischen Berichte enthalten nichts, was zum Aufschluß dienen könnte. [c])

Was die Ausmessung der nach §. 534 zu erkennenden Geldstrafe betrifft, so ging der Gerichtshof bei der angeführten Urtheilsfällung von der gewiß als richtig anzuerkennenden Ansicht aus, daß der zehnfache Betrag des bezogenen oder beabsichtigten Gewinnes nur als das höchste Strafmaß zu betrachten ist, bis zu welchem der Strafrichter äußersten Falles vorschreiten kann, ohne hiebei an die gewöhnliche Maßgrenze des §. 47 gebunden zu sein [c]), daß es dagegen dem Sinn des Gesetzes keineswegs entsprechen würde, wenn man in Fällen gewöhnlicher Art regelmäßig die Strafe des zehnfachen oder auch nur ein diesem Maaße sich nähernden Betrag erkennen würde, da vielmehr die Umstände des einzelnen Falles und die allgemeinen Regeln über die Ausmessung der Geldstrafen, namentlich auch die Vermögensverhältnisse des Schuldigen (§. 48) in Berücksichtigung kommen müssen.

Eduard Brauer.

IV.

Ist eine Lohnzusage für Vermittlung einer Heirath gerichtlich klagbar oder ist eine solche Vertragssache sittenwidrig, also unerlaubt?

Die Frage, ob die für Vermittlung einer Ehe zugesagte Belohnung vor den Gerichten geltend gemacht werden könne, kam bei großh. Hofgerichte des Unterheinkreises schon öfter zur Entscheidung, welche nicht immer befahend erfolgte.

1) J. S. Elsenhard gegen Zahn wurde mit Bezug auf L.R.S. 1131. 1133 die unterrichterliche Landungsverfassung bestätigt, da es den guten Sitten wider-

[c]) Der ganze Titel von Wucher erfuhr keine wesentliche Abänderung, der §. 534 wie die in der vorhergehenden Note bezeichnete, die Sache selbst nicht berührende Verschärfung.

[c]) Es ist nicht zu bezweifeln, daß Str.G.B. §. 534 eine der in §. 47 vorgesehenen Ausnahmsfälle enthält, wo eine über Einhundert Gulden ansteigende Geldstrafe gestattet ist, obwohl das Gesetz dieses hier nicht in so unmittelbarer Weise ausdrückt, wie in Str.G.B. §. 448. 503.

Digitized by Google

spreche, sich für Verrichtungen, die darauf abzielen, einem Andern zur Eingehung einer Ehe zu verhelfen, eine Geldbelohnung versprechen zu lassen, oder überhaupt nur sich der Besorgung solcher Verrichtungen mit Rücksicht auf Geldvergütung zu unterziehen.

Hier hatte sich der Kläger nach seiner Versicherung eine Belohnung für den Fall versprechen lassen, daß durch seine Bemühung eine Ehe des Beklagten mit einer bestimmten Person zu Stande komme. Auch das großh. Oberhofgericht erkannte hierin eine klagbare Verbindlichkeit nicht und bestätigte das hofgerichtliche Urtheil, weil bei Eingehung der Ehe die vollkommenste Willenfreiheit vorhanden sein müsse, diese aber leicht gefährdet würde, wenn ein solches Versprechen eine klagbare Verbindlichkeit begründen könnte.

2) In einem andern Falle J. S. Kodel gegen Holdermann war die Belohnung dafür gefordert, daß Kläger sich gegen solche verbindlich gemacht habe, dem Beklagten ein für ihn zur Ehefrau passendes Mädchen auszumitteln und seine Heirath mit ihr zu vermitteln. Hier erkannte das Hofgericht des Unterrheinkreises die vom Unterrichter verfaßte Ladung, weil die Bemühungen eines Dritten, um eine Ehe zu Stande zu bringen und damit auch das Versprechen einer Belohnung für diese Bemühungen als gegen die guten Sitten verstoßend nicht angesehen werden können, wenn nicht weitere Umstände hinzukommen, welche diese Bemühungen als sittenwidrig erscheinen lassen.

3) J. S. Blach gegen Wendel forderte Kläger den ihm angeblich zugesagten Antheil an der Belohnung, welche der Beklagte Metzger L. in H. dafür beanspruchte, daß er dessen Verehelichung mit Wittwe Sch. von W. vermittelt habe. Das Amtsgericht verfaßte die Ladung auf diese Klage deßhalb, weil eine solche Lohnzusage den guten Sitten zuwider, also unerlaubt, mithin nach L.R.S. 1131. 1133 ohne Rechtswirkung sei.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises erkannte jedoch die vom Unterrichter verfaßte Ladung, indem es annahm, darin, daß ein zur Ehe mit einer seinen Verhältnissen entsprechenden Frauensperson geneigter Mann aus dem Gewerbsstande demjenigen, welcher eine solche Person ermittelt, das Bekanntwerden mit derselben vermittelt und dadurch die Möglichkeit des Eheabschlusses zwischen Beiden vorbereitet, für Mühen und Auslagen eine Belohnung verspricht, liege an sich nichts Sittenwidriges, so lange keine unerlaubten oder verwerflichen Mittel zur Erreichung des Zweckes des Eheabschlusses verabredet oder angewendet werden.

Hiernach könne auch der Dritte, welcher dem Vermittler Gelegenheit zu einem solchen Verdienste verschaffte, die ihm dafür bewilligte Belohnung gegen diesen gerichtlich geltend machen.

4) In einem weiteren Falle (Seligmann gegen Apfel) forderte der Widerkläger 1 pCt. des Einbringens der Schwiegertochter des Widerbeklagten, indem er sich auf ein unter den Israeliten übliches Herkommen berief, wonach die Schwiegereltern dem Vermittler der Ehe ihrer Kinder eine solche Provision zu zahlen haben.

Der Widerbeklagte widersprach das Bestehen einer solchen Uebung, allein es wurde durch Einvernahme von Israeliten dargethan, daß es wirklich bei ihnen üblich ist, für Vermittlung einer Heirath 1 pCt. des Einbringens der Brautleute dem Unterhändler von Seiten der Schwiegereltern zu bezahlen. Dem Widerkläger wurde hiernach für den Fall, daß der Widerbeklagte den ihm über die Ertheilung des Auftrags zugeschobenen Eid nicht schwöre, jener Anspruch zuerkannt. Stf.

V.

Zuständigkeit in einigen Rechtspolizeisachen.

(Annalen XX. No. 16 S. 121.)

In Folge der unterm 18. Juli 1857 ausgesprochenen Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung in unterer Instanz hat die streitige Frage, ob die an die Stelle der ehemännlichen Ermächtigung tretende, in L.R.S. 218 aufgeführte Ermächtigung einer Ehefrau zum Auftreten vor Gericht und zu Rechtshandlungen, ferner die in L.R.S. 2046a erwähnte Ermächtigung zum Verzicht auf das Recht auf künftigen Unterhalt, endlich die Führung des Offenkundigkeitsbuchs über Ausschlagung von Erbschaften oder deren Annahme mit der Vorsicht des Erbverzeichnisses, beziehungsweise über Entschlagung der Gütergemeinschaft — L.R.S. 784. 793. 1457 — zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde oder der richterlichen Behörde gehöre, eine erhöhte Bedeutsamkeit gewonnen.

Darüber, daß die Entscheidung über die der Ehefrau zu ertheilende Ermächtigung nicht vor die Verwaltungs-, sondern vor die richterliche Behörde gehöre, ist anläßlich

Digitized by Google

eines Competenzconflikts schon unterm 1. Juli 1854 vom großh. Staatsministerium entschieden worden.

Annalen XXI. 225 ff.

Im Sinne dieser Entscheidung hat das großh. Justizministerium, in Uebereinstimmung mit großh. Ministerium des Innern, neuerlich auf erfolgte Anfrage ausgesprochen, daß die Ermächtigung der Ehefrau, ferner diejenige zum Verzichte auf das Recht auf künftigen Unterhalt den Amtsgerichten zustehe, sowie daß diese das Offenbarungseidsbuch zu führen haben.

Man ging hierbei im Wesentlichen von den in der genannten Staatsministerialentscheidung enthaltenen Erwägungen aus, insbesondere aber davon:

Die allegirten L.R.S. erklären die genannten Geschäfte für von den Gerichten zu erledigende; während nun das II. Einf.-Ed. eine Reihe von Landrechtlich, gleichfalls gerichtlichen Akten den Polizeibehörden zuweist z. B. die Aufsicht über Führung der bürgerlichen Standesbücher, Entheilung der Trauscheine, Einsprachen gegen Ehen, das Abwesenheitsverfahren, Annahme an Kindesstatt, Ernennung von Vormündern ꝛc. — spricht es durchaus nicht von Ueberweisung der hier in Frage stehenden Geschäfte. Diese behielten also ihren, auch nicht durch spätere Gesetzesbestimmungen veränderten, gerichtlichen Charakter, standen bisher den Aemtern in ihrer Eigenschaft als Gerichtsbehörde zu und gehören demnach jetzt, nachdem in Folge der Verordnung vom 18. Juli 1857 die Amtsgerichte an die Stelle der Justizrespicienten der Aemter getreten sind, in den Geschäftskreis der Amtsgerichte.

Von dieser Ansicht ging auch der Entwurf des Gesetzes über Ueberweisung der rechtspolizeilichen Geschäfte an die Gerichte vom 3. Dezember 1848 aus; die Begründung zu §. 24 desselben bemerkt nämlich:

„Bestätigt das bestehende Verfahren;"

in dem §. 24 selbst heißt es:

„Die Bestätigung von Verzichten auf künftigen Unterhalt (L.R.S. 2046a) ertheilt der Amtsrichter."

Wie man also damals annahm, daß nach dem „bestehenden Verfahren" das Amt bisher in seiner Eigenschaft als Gerichtsbehörde diesen Akt vorgenommen, so darf dasselbe jetzt, wo es keine richterlichen Funktionen mehr hat, solche Akte nicht mehr vornehmen.

Daß die fraglichen Geschäfte, denen sich übrigens auch die Einweisung in Besitz und Gewähr von Erbschaften anreiht, bisher von den Aemtern in ihrer Eigenschaft als richterlicher Behörde vorgenommen wurden, wird auch durch den, von rechtspolizeilichen Verfügungen und Erkenntnissen des Gerichts, insbesondere auch von der gerichtlichen Ermächtigung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts und der Einweisung in die Gewähr einer Erbschaft handelnden §. 25 des Gesetzes vom 13. Mai 1856 über den Gebrauch des Stempelpapiers und den Ansatz von Sporteln bei den Gerichten bestätigt.

VI.

Rekurs der Zollbehörden gegen hofgerichtliche Erkenntnisse in Zollstrafsachen.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde am 4. April v. J. verfügt, es sei wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Ctrlat Herzog von G. wegen Begünstigung einer Zolldefraudation vorhanden. Gegen diese Verfügung ergriff großh. Zolldirection den Rekurs, dessen Statthaftigkeit von Herzog bestritten wurde.

Großh. Oberhofgericht erklärte jedoch durch Urtheil vom 3. Oktober v. J. den Rekurs für zulässig und erkannte nach dem Begehren der Rekursbeschwerde. In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Die angefochtene Verfügung ist ein Erkenntniß im Sinne des §. 35 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, wogegen dieses Gesetz im §. 36 dem Staatsanwalt ein Rechtsmittel gestattet, ohne jedoch auszusprechen, daß nur ihm ein Rechtsmittel gegen eine solche Verfügung zustehe; es muß sonach die allgemeine Bestimmung des §. 110 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 maßgebend sein, wornach das Rekursgesetz vom 3. August 1837*) einstweilen noch in Geltung bleiben soll, und dieses gestattet in §. 9 auch den Verwaltungsbehörden eine vierwöchentliche Frist zur Rekursausführung gegen alle Erkenntnisse, welche auf die Anzeige jener Behörden über solche Vergehen erfolgen, die ihren Wirkungskreis berühren.**) Diese Erfordernisse der Statthaftigkeit des Rekurses liegen hier unbestritten vor, wogegen der §. 2 Abs. 2 des Rekursgesetzes, welchen Herzog für sich anführte, schon seinem Wortlaute nach auf vorliegenden Fall keine Anwendung findet.

Hgt.

*) Ebenso das hier maaßgebende Gesetz vom 22. Juni 1837, das Verfahren in Steuerstrafsachen und im Reg.-Bl. 1837 Nr. 20.

**) Vrgl. auch Art. 10 des Gesetzes vom 22. Juni 1837.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 46.**

I.

Der Zugriff auf Lehen kann nicht gegen den Vasallen allein betrieben werden.

Die J. D. Retter'sche Gantmasse zu Stuttgart erwirkte am 13. Juni 1855 gegen Freifrau von Berlichingen Wwe, Henriette geborene von Gemmingen-Mayenfels und gegen Freifräulein Friedereike von Gemmingen-Mayenfels wegen einer Forderung von 13,000fl., eine richterliche Verfügung zur Versteigerung von:

a) 38 R. Garten auf dem hohen Garten,
b) 2 R. Acker im Döbel,
c) 3 B. 38 R. Acker im Mös,
d) einer Wiese im Brühl auf Unterschüpfer und von
e) 2 B. 11 R. Wiese auf der Breit, auf Sachsenflueee Gemarkung.

Hieegegen erhob Freifrau Karoline von Gemmingen-Widdern und Freiherr Christian von Stetten Einsprache, weil jene Liegenschaften von dem Lehenhofe durch Erlaß vom 27. März 1854 als Surrogate für Lehencapitalien zu dem Gemmingen-Stetten'schen Antheil am Tottenheimer Erblehen angenommen und diese Erklärung am 26. April 1854 in das Grundbuch eingetragen worden sei. Mit dieser Einsprache wurde das Gesuch um Aufhebung jener Vollstreckungsverfügung verbunden. Die betreibende Gantmasse bestritt die Lehenseigenschaft jener Liegenschaften und machte geltend, sie habe schon, bevor der von ihr anerkannte Justiz Ministerialerlaß ergangen sei, nämlich am 4. August 1852 das amtliche, zu ihren Gunsten am 10. Juli 1852 ergangene Urtheil eintragen lassen, und dadurch richterliches Unterpfandsrecht auf fragliche Liegenschaften erworben.

Diese Behauptung ward widersprochen.

Der Unterrichter nahm wegen mangelnder Beweisanticipation keine Rücksicht daraus und erkannte die Liegenschaftsversteigeeung, soweit solche nicht die unter e bezeichnete Liegenschaft betreffe, sei unter Verfällung der Einsprachsbeklagten in ¼ der Kosten aufzuheben, dagegen seien die Einsprachekläge mit dem übrigen Theil der Einsprache unter Verfällung in ¼ der Kosten abzuweisen. Gegen dieses Urtheil appellirten beide Theile,

1) die Retter'sche Gantmasse wegen Aufhebung der Versteigerungsverfügung bezüglich der Liegenschaften a — d;
2) die Einsprachsklägeinnen wegen Verwerfung der Einsprache bezüglich der Wiese e.

Die appellantische Gantmasse führte aus, der neue Lehensvertrag entbehre der Förmlichkeiten des §. 6 des Lehenedikts;

jedenfalls wirke derselbe nicht gegen dritte rückwärts, da eine öffentliche Aufforderung derselben nach §§. 736. 738—741 Pr.O. nicht stattgefunden habe;

§. 641 Pr.O. schlage hier nicht ein und wirke jedenfalls nach §. 634 Pr.O. nicht sofort;

das von ihr erwirkte richterliche Unterpfandsrecht habe den Antheil der beiden ursprünglich Beklagten (¼) an jenen Liegenschaften erfaßt gehabt —

und stellte den Antrag, auch diesen Theil der Einspeache abzuweisen.

Von appellantischer Seite wurde der Eintrag des anerkannten Urtheils vom 10. Juli 1852 in Frage gestellt, auch L.R.S. 2205 gegen die betreibende Gläubigerin angeeufen.

Die Gantmasse anerkannte, daß der Justiz Ministerialerlaß vom 27. März 1854 zum Grundbuche in Sachsenflur eingetragen sei.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III Civ.-Sen.) erkannte hierauf am 16. Mai 1857, das unterrichterliche Urtheil sei auf die von beiden Theilen dagegen ergriffene Berufung dahin theils zu bestätigen, theils ab-

Digitized by Google

zuändern, daß die unterm 13. Juni 1856 erfolgtere Zugriffsverfügung auf die dort bezeichneten fünf Grundstücke unter Verfällung der Einsprachsbeklagten Gantmasse in die Kosten beider Instanzen, aufzuheben sei.

Auf die übergegen von der Einsprachsbeklagten Gantmasse eingewendete Oberberufung erkannte großh. Oberhofgericht am 9. Dezember 1857 zu Recht, daß das hofgerichtliche Urtheil unter Verfällung der Oberappellanten in die Kosten des dritten Rechtszugs zu bestätigen sei.

Als Entscheidungsgründe wurden die dem hofgerichtlichen Urtheil beigefügten Gründe angenommen. Diese lauten:

„Die Grundstücke, auf welche die Retter'sche Gantmasse Vollstreckung erwirkt hat, waren zwar zu der Zeit, wo jene durch Eintrag des Urtheils vom 10. Juli 1852 zum Pfandbuch der Gemeinde Unterschüpf und der Gemeinde Sachsenflur sichterliches Unterpfandsrecht wahrte, noch Allodialgüter ihrer Schuldner, allein durch die, von großh. Justiz-Ministerium als Lehenhof mit Erlaß vom 27. März 1854 ausgesprochene und vor der Erwirkung der Vollstreckung mittelst Eintrags in die Grundbücher auch gegen Dritte offenkundig gemachte, Aufnahme derselben in den Lehensverband ist eine Veränderung theils in der Person der Eigenthümer, theils in dem Umfang der Rechte der früheren Eigenthümer eingetreten. Denn einmal ist das Obereigenthum abgelöst und an den Lehenherrn übergegangen, dann sind die Lehentheilhaber Miteigenthümer der fraglichen Güterstücke geworden und demzufolge hat der frühere Eigenthümer, und damit haben auch dessen nur an seiner Stelle handelnden Gläubiger das Recht beliebiger Veräußerung derselben verloren, da ohne Bewilligung oder gerichtliche Vernrtheilung des Lehensherrn weder ein dritter Nichtberechtigter in das Leben eintreten, noch ein Theil des Lehens veräußert werden darf.

Nach solcher Veränderung der Verhältnisse konnte sich die Gläubigerin nicht auf einfache Betreibung der Vollstreckung gegen die früheren Eigenthümer der fraglichen Grundstücke beschränken, sondern mußte jene offenkundige, sonach auch ihrer Kenntniß nicht vorenthaltene, Thatsache beachten, und demzufolge ihre Ansprüche und dem früher auf die Grundstücke erworbenen Unterpfandsrechte auch gegen sämmtliche mit und neben ihrem Schuldner an dem Eigenthum jener Güter Betheiligten richten, damit diese ihrerseits ihre Rechte an dieselben gerichtlich wahren können.

Auch wenn die Gantmasse die Rechtsgültigkeit des Uebergangs der fraglichen Grundstücke in den Lehensverband bestreiten will, kann dieser Streit nicht gegen ihre Schuldner allein, sondern er muß nicht nur gegen die Theilhaber am Leben, sondern namentlich auch gegen den Lehenherrn ausgetragen werden, dessen Obereigenthumsrecht dadurch in Frage gestellt wird.

Es genügt daher nicht, daß in Folge der Einsprachsklage der Streit gegenüber Jenen entschieden werden könnte, da dieser nicht vertreten ist, und es darf nicht etwa eine Einsprache von Seiten des Obereigenthümers abgewartet, sondern es mußte der Einsprache Betheiligter wegen des durch sie nachgewiesenen Mangels an der passiven Legitimation nach den §§. 84. 87. 88. 1. 94 Pr.O fofort stattgegeben werden."

In gleicher Weise war von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Civ-Sen.) am 8. November 1856 J. S. der allgemeinen Versorgungsanstalt gegen den Freiherrn Ludwig Göler von Ravensburg zu Daisbach entschieden worden. Die Versorgungsanstalt hatte nämlich auf Kündigung des Annuitätenvertrags und Zwangsversteigerung der Lehengüter geklagt; sie wurde aber mit dem Gesuch, auszusprechen, daß sie berechtigt sei, zu ihrer Befriedigung die zwangsweise Versteigerung der ihr verpfändeten Sulzfelder Lehenswaldungen zu begehren, aus folgenden

Gründen

abgewiesen.

„Wenn auch gegenüber dem Beklagten als Lehensträger nicht blos die Fälligkeit des kl. Anspruchs feststeht, sondern auch die Voraussetzungen eines Zugriffs auf das Lehenvermögen, nämlich Verpfändung desselben mit Consens des Lehensherrn und der Agnaten, sowie Unzulänglichkeit des Allodialvermögens,

§. 32c des Lehenedikts,

sämmtlich vorhanden sind, so konnte doch, da der Beklagte nicht Eigenthümer, sondern nur Miteigenthümer

L.R.S. 577ac

der Lehengüter ist, in diesem nur gegen ihn gerichteten Rechtsstreite über die Statthaftigkeit einer Zwangsversteigerung des Lehengrundstücks nicht entschieden werden,

§. 994 Pr.O.

vielmehr muß der Klägerin überlassen bleiben, in einem weiteren, auch gegen den Obereigenthümer des Lehens zu richtenden Verfahren eine derartige Entscheidung herbeizuführen." Stf.

Digitized by Google

II.

Welcher von zweien in einer erlaubten Lotterie Mitspielenden gewinnt, derjenige, welcher seinen Namen in die Lotterieliste auf die gewinnende Nummer eingetragen, oder derjenige, welcher das Loos mit der gewinnenden Nummer erhalten hat?

Rechtsfall.

Verordnung vom 3. October 1811, Reg.-Bl. No. 26 Verordnung vom 5 März 1818 (Reg.-Bl. No. 6), u. vom 13. November 1823 (Reg.-Bl. No. 27), worin die Verordnung vom Jahr 1811 als ein „Gesetz" bezeichnet wird.

Schreiner Kiefer in Mühlburg hatte einen sehr kunstreich gearbeiteten Sekretär gefertigt, und zur besseren Verwerthung desselben von der großh. Regierung des Mittelrheinkreises die Erlaubniß erwirkt, ihn durch eine Lotterie auszuspielen zu lassen. Bei einem Schätzungswerthe von 215 fl. wurden 430 Loose zu je 30 Kreuzer gemacht und solche amtlich beglaubigt. Zugleich wurde eine Liste gefertigt, in welcher eine Columne die fortlaufenden Nummern eine zweite die Namen und Wohnorte der Spielenden unmittelbar hinter der betreffenden Nummer enthielt. Die Ziehung ging in Gegenwart eines Amtsregistrators vor sich.*) Die Nummer 263 erhielt den Treffer.

Das gewinnende Loos No. 263 besaß Schuhmacher Simon von Carlsruhe, welcher dasselbe ausdrücklich begehrt hatte. Seinen Namen hatte aber Simon in die Liste unter Nummer 363 eingezeichnet.

Christoph Biebelt von Kiselingen dagegen hatte seinen Namen in die Liste zu 263 eingezeichnet. Es wurde ihm aber das Loos 363 eingehändigt, mit dem Bemerken, daß das Loos No. 263 verwechselt worden sei, worauf Biebelt begehrte, daß auf die Rückseite des ihm übergebenen Looses geschrieben werde, er habe No. 263 gekauft. So behauptet Biebelt. Unbestritten ist, daß Simon vor Biebelt sein Loos gekauft und seinen Namen in die Liste eingetragen hat.

Jeder dieser Beiden behauptete nun, daß er den Sekretär gewonnen habe, Simon, weil er das Loos mit dem Treffer 263 besaß, das er ausdrücklich verlangt habe, Biebelt, weil er seinen Namen in die Liste zur gewinnenden, damals noch mit keinem Namen bedeckten Nummer eingetragen habe.

Der Unterrichter, das großh. Landamt Karlsruhe, gab dem Simon den Beweis auf, daß er das Loos No. 263 ausdrücklich begehrt und erhalten habe. Er berief sich auf fünf Zeugen, welche seine Behauptung bestätigten. Darauf erließ das Landamt Karlsruhe ein dem Simon günstiges Urtheil, welches die hofgerichtliche Bestätigung erhielt.

Die Entscheidungsgründe, insoweit sie nicht das soeben erzählte Thatsächliche des Falles und die Nachweisung enthalten, daß hier ein erlaubter Spielvertrag vorliege, daher die Spielenden ihre daraus erworbenen Rechte vor Gericht geltend zu machen befugt sind, lauten:

Die Frage ist hiernach die, ob der Erwerb und Besitz des Looses, oder der Eintrag in die Looslliste entscheidend sei? Diese Frage ist mit dem Unterrichter dahin zu beantworten, daß Ersteres maßgebend sei. Dabei ist vor Allem in's Auge zu fassen, daß im vorliegenden Falle der Ausspielvertrag ganz nach Vorschrift der Eingangs erwähnten Verordnung vom 3. Oktober 1811 eingerichtet worden ist.

Darnach wurden alle ausgegebenen Loose, die an die Abnehmer verkauft wurden, nach vorher geprüftem und genehmigten Plane, obrigkeitlich beglaubigt, wobei der auszuspielende Gegenstand, sein abgeschätzter Werth, die Zahl und der Betrag der Loose und der Ort der Ziehung angegeben wurden.

Der Plan hatte festzustellen und stellte fest, zur Vermeidung einer „Vervortheilung der Einsetzer," daß die auszugebenden Loose den taxirten Werth des auszuspielenden Gegenstandes nicht übersteigen und nicht zu sehr vervielfältigt werden sollten.

Die Loose waren dazu bestimmt, gegen Einsatz ausgegeben zu werden, und als Beweisurkunde für den Einsatz, die Betheiligung am Ausspielvertrag und eintretenden Falls als Rechtstitel für den Gewinn zu dienen. Zu solchem Zwecke mußten Loose gefertigt und ausgegeben werden.

Etwas Weiteres war nach der mehrerwähnten Verordnung nicht erforderlich, und es geht also aus dem Gesagten hervor, daß bezüglich des Gewinn's die ausgegebenen Loose maßgebend sein sollten und sein mußten. Wenn im vorliegenden Falle von dem Unternehmer noch ein Verzeichniß der Loosnummern geführt

*) Es waren sonach alle Vorschriften gewahrt, unter welchen nach den „auf Seiner Kön. Hoheit des Großherzogs Karl besonderen höchsten Auftrag" erlassenen Verordnung vom Jahr 1811 Lotterien ausnahmsweise erlaubt sind. D. E.

Digitized by Google

wurde, welche ausgegeben werden durften, und in welches die Abnehmer derselben ihre Namen eintrugen, so ändert dies an der Sache nichts, da ein solches Verzeichniß (wenn es nicht gar nur die Stelle des Ausspielplans vertritt) als nicht dazu gehörig und nur als eine Controlmaßregel erscheint, um den Absatz der Loose zu überwachen und festzustellen.

Wenn hiernach im Hinblick auf die Verordnung vom 3. Oktober 1811 und auf das nach Maßgabe derselben eingerichtete, hier eingehaltene Verfahren angenommen werden muß, daß das betreffende, vom Glück begünstigte ausgegebene Loos den Gewinner bezeichne, so kann es sich nur fragen, wer von beiden Theilen das Loos No 263 besitze. Nun ist nicht bestritten, daß Schuhmachermeister Simon dasselbe besitzt, und bevor Christ. Biebelt einen Einspruch machte, besessen hat. Es ist über dies, wie bereits in den unterrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt worden ist, in gesetzlich zulässiger Weise durch Zeugen dargethan, daß Simon gerade das Loos No. 263 erwerben wollte und erworben hat. Er ist demnach rechtmäßiger Erwerber und Besitzer des gewinnenden Looses. Christoph Biebelt aber konnte das bereits ausgegebene Loos nicht mehr erwerben, weil es nicht mehr vorhanden war, und wenn er gleichwohl zu derselben Loosnummer seinen Namen in das Verzeichniß der Loose eintrug, so ist dies, nach dem eben bemerkten, ganz unerheblich, da ihm dies das bereits abgegebene Loos nicht mehr verschaffen konnte und das Verzeichniß für sich nicht maßgebend ist. Aus dem letzteren Grunde kann es auch dem Besitzer des Looses nicht schaden, daß in dem Verzeichniß sein Name bei der Loosnummer 363 steht, und überdies geht aus den Aussagen der Zeugen über seinen Erwerb des Looses No. 263 ganz offenbar hervor, daß er nicht aus Wahl, sondern aus Irrthum seinen Namen zu No. 363 in das Verzeichniß eingetragen hat.

Aus diesen Gründen wurde bestätigend, wie geschehen, erkannt. Otf.

III.

Steht den in §. 124 Pr.O. genannten Rechtsgelehrten, welchen für gewisse Fälle das Schriftverfassungsrecht ertheilt ist, das Recht zu, für ihre gerichtlichen Bemühungen die taxordnungsmäßigen Gebühren in Anspruch zu nehmen?

Pr.O. §. 124—126. 155. 156.
Annalen III. No. 10. S. 59.

Das mittelrheinische Hofgericht hat sich in folgendem Falle für die Verneinung dieser Frage entschieden:

Rechtspraktikant Sch... ließ sich eine Forderung cediren. Er klagte dieselbe ein; nachdem er ein stegreiches Urtheil erwirkt hatte, überreichte er ein nach den Vorschriften der Taxordnung abgefaßtes Kostenverzeichniß, und bat, solches zu dekretiren, und dem Gegentheil den Ersatz dieser Kosten aufzugeben. Das Untergericht hat im Hinblick auf §. 124 Pr.O. diesem Begehren willfahrt, das mittelrheinische Hofgericht aber die erhobene Beschwerdeführung, daß die Kosten in dem Betrage, wie ihn ein recipirter Schriftverfasser anzusprechen habe, zum Ersatze zugewiesen worden seien, für formell zulässig (§. 1199 Z. 6 Pr.O.) und für materiell begründet erklärt, „weil gemäß §. 156 Pr.O. nur die Advocaten und recipirten Schriftverfasser für ihre Leistungen die in der Taxordnung bestimmten Gebühren anzusprechen haben, der Kläger aber weder Advokat, noch Schriftverfasser ist, und in Erwägung, daß das Recht des Klägers auf Anspruch von taxordnungsmäßigen Gebühren auch nicht damit begründet werden kann, daß Kläger als Rechtsgelehrter die Staatsprüfung bestanden hat, weil der §. 124 Pr.O. den Rechtsgelehrten, welche die Staatsprüfung bestanden haben, wohl in den dort angeführten Fällen das Recht zur Schriftverfassung verleiht, aber keine Bestimmung über die Gebühren für ihre Leistungen enthält, und insbesondere ihnen nicht die taxordnungsmäßige Belohnung bewilligt"

Hiernach wurde die unterrichterliche Verfügung dahin abgeändert, daß der Beklagte dem Kläger nur jenen Kostenbetrag zu ersetzen habe, welcher sich bei Festsetzung desselben ohne Anwendung der Taxordnung ergeben würde.

Daß für einen Fall, wie für den vorliegenden, §. 124 nicht mit §. 126 Pr.O. in Verbindung gebracht, und darauf hin die taxordnungsgemäße Gebühr in Anspruch genommen werden kann, scheint wohl darum gewiß, weil §. 156 (157 der alten Pr.O.) nicht jedem Schriftverfasser, sondern nur dem recipirten Schriftverfasser die in der Taxordnung bestimmte Belohnung zusichert. Sander will zwar in dem oben citirten Aufsatze der

Digitized by Google

Annalen (welcher übrigens nicht von dem Falle handelt, wenn ein Rechtsgelehrter für seine Mühe in eigenen Angelegenheiten, sondern wenn er als Vertreter anderer Personen in deren Angelegenheiten das Schriftverfassungsrecht ausübend, für seine Schriftsätze von der unterliegenden Partei bezahlt sein will), die Personen, denen durch das Gesetz §. 124 (128 alten) Pr.O. das Schriftverfassungsrecht verliehen ist, jenen Rechtsgelehrten gleichstellen, welche durch das Justizministerium als Schriftverfasser recipirt worden sind. Allein er übersieht dabei, daß die recipirten Schriftverfasser einen Beruf ausüben, dessen Erträgniß ihren Lebensunterhalt sichern soll, dessen Ausübung daher auch bezahlt werden muß. Verfaßt aber der Rechtsgelehrte in eigenen Angelegenheiten Schriftsätze, so übt er nicht das Schriftverfassungsrecht als Lebensberuf aus, sondern er übt eine gesetzliche Befugniß, zu deren Ausübung er durch gesetzliche Vermuthung befähigt erscheint, wozu aber jede Partie zugelassen ist, wenn sie es nur überhaupt versteht, ihre Vorträge schriftlich abzufassen, §. 122 Pr.O. Den in §. 124—26 genannten Rechtsgelehrten ist aber die Ausübung des Schriftverfassungsrechtes als eines besonderen Rechtes für objectiv abgegrenzte Gegenstände nicht, sondern nur für gewisse Personen gestattet, deren Vertretung ihnen theils wie die Besorgung eigener Angelegenheiten obliegt, (in Angelegenheiten der Ehefrauen, der Pflegebefohlenen, fermer der Gemeinheiten und Körperschaften, deren rechtsgelehrte Mitglieder die Schriften fertigen), theils Ehren- oder Freundschaftssache ist. Ein solches Mandat wird in der Regel unentgeldlich besorgt; und wenn im einzelnen Falle sich ein Rechtsgelehrter gleichwohl eine Belohnung bedingt, (§. 155 Pr.O.), so kann diese Uebereinkunft nur als eine Ausnahme betrachtet werden, wie die Besorgung eines jeden Auftrages nur ausnahmsweise bezahlt wird. L.R.S. 1986. 1999.

Dies führt zu der Frage, ob ein Rechtsgelehrter, welcher nach §. 124—126 das Schriftverfassungsrecht im einzelnen Falle für Andere ausübt, und welcher in Folge einer Uebereinkunft nach §. 155 Pr.O. eine bestimmte Bezahlung zu erhalten hat, solche nach Maaßgabe dieser Uebereinkunft, oder aber nach Vorschrift der Tarordnung von der unterliegenden Gegenpartei verlangen darf, wie sie der Anwalt der siegenden Partei Namens dieser begehrt?

Ich glaube, daß diese Frage verneint werden muß. Hierbei erscheint mir von wesentlicher Erheblichkeit zu sein, daß §. 155 Pr.O. nicht von jenen Personen spricht, welche nach §. 124—126 ausnahmsweise das Schriftverfassungsrecht ausüben dürfen, sondern von allen „Bevollmächtigten, welche nicht aus der Zahl der Advokaten oder recipirten Schriftverfasser erwählt sind." Als Bevollmächtigter kann aber nach §. 120 Pr.O. nicht allein der Rechtsgelehrte der §§. 124—126, sondern Jeder bestellt werden, der überhaupt fähig ist, vor Gericht aufzutreten, und nur, wo es sich um schriftliches Verfahren handelt, ist eine Partie, welche ihre Schriftsätze nicht selbst verfertigen kann oder will, an Advokaten oder Rechtsgelehrte, welche im Allgemeinen oder im einzelnen Falle das Schriftverfassungsrecht haben, gebunden. §. 122 und ff. Der Bevollmächtigte einer Partie, mag er Rechtsgelehrter sein oder nicht, ist aber als solcher noch nicht Anwalt im Sinne der Pr.O. §. 157 Pr.O. unterscheidet vielmehr gerade zwischen „Bevollmächtigten" und „Anwälten."

Die Kosten des Bevollmächtigten können im einzelnen Falle nothwendige Kosten sein; daraus folgt aber nicht, daß dessen Kosten nach der Tarordnung zu bemessen und zu bezahlen sind, denn die Gebühren nach Maßgabe der Tarordnung haben nur, wie bereits oben erwähnt ist, die Advokaten und recipirten Schriftverfasser in Anspruch zu nehmen, §. 156 Pr.O., sondern nur, daß wenn die durch seine Ausstellung veranlaßten Kosten nothwendig waren, daß sie die Gegenpartei ersetzen muß. Wenn z. B. eine Person entfernt von dem Sitze eines Amtsgerichtes wohnt, wo kein Schriftverfasser aufgestellt ist, und er bedient sich zu seiner Vertretung eines Bevollmächtigten, so sind die daraus entstandenen Kosten gewiß nothwendige, und das richterliche Ermessen wird den Betrag zu finden wissen. Deßwegen sind diese Kosten aber noch keine Anwaltskosten, deren Betrag im einzelnen Falle der Richter mit der Tarordnung in der Hand prüfen und der unterliegenden Partei zum Ersatz zuweisen soll (§. 169. 175 Pr.O.). Es wird daher ein solcher Bevollmächtigter, auch wenn er ein Rechtsgelehrter ist, keine Aertha, Diät und dergleichen ansetzen können. Noch weniger wird der Vertrag, den er mit der von ihm vertretenen Partie abgeschlossen hat, absolut maßgebend sein, da ja Verträge Dritte nicht binden. Dagegen kann eine solche Uebereinkunft wohl im einzelnen Falle, namentlich unter Berücksichtigung der Fragen, ob der Zuzug eines Anwaltes wegen Verwicklung eines Rechtsstreites überhaupt nothwendig gewesen wäre und wie hoch sich die dadurch ver-

Digitized by Google

anlaßten Kosten würden belaufen haben, dem Richter einen Anhaltspunkt für Auffindung des Betrags gewähren, der nothwendig war, und deßhalb zum Ersatz geeignet erscheint. Ottendorff.

IV.

Wirkung des strafgerichtlichen Beschlags.

Annal. 1854 S. 126. 158.

Soldat Karl Annsh. von H. kam 1850 wegen Betrugs in gerichtliche Untersuchung, ging flüchtig, wurde vom Amt B. zur Fahndung ausgeschrieben und sein Vermögen mit Beschlag belegt.

Das Hofgericht erkannte, daß die Untersuchung bis auf Betreten des Angeschuldigten zu beruhen habe.

Da die Flucht des Annsh. zugleich eine Desertion involvirte, wurde er hierwegen in eine Geldstrafe von 1200 fl. verfällt.

Im Jahre 1853 fiel dem Annsh. eine Erbschaft zu, bestehend in einer bei Joh. K. ausstehenden Forderung von 1500 fl.; nach geschehener Erbtheilung cedirte Annsh. diese Forderung an Jakob D. in Mainz.

Inzwischen hatte der großh. Fiscus für die Strafforderung von 1200 fl. Arrest und Zuweisung gegen Joh. K. als Schuldner des Annsh. erwirkt und Joh. K. hatte die 1200 fl. an den großh. Fiscus bezahlt.

Als nun Jakob D. aus Mainz als Cessionar des Annsh. gegen Joh. K. auf Zahlung der 1500 fl. klagte, trat der großh. Fiscus diesem Streite auf Seiten des Joh. K. als Nebenintervenient bei.

Diese beide Beklagten setzten der Klage neben Anderem die Einrede entgegen, daß sich Annsh. 1850 wegen Betrugs flüchtig gemacht habe, dessen Vermögen mit strafgerichtlichem Beschlag belegt worden, er daher nicht befugt gewesen sei, jene ausstehende Forderung an Jak. D. zu cediren.

Das Amt B. verurtheilte den Joh. K. zur Zahlung der eingeklagten 1500 fl., indem es von der Ansicht ausging, daß der strafgerichtliche Beschlag Wirkung nur habe zu Gunsten derjenigen, welche durch das Verbrechen beschädigt sind, und welche sich dem Verfahren angeschlossen haben.

Auf ergriffene Berufung und Oberberufung wurde jedoch das amtliche Urtheil dahin abgeändert, daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen sei.

Die bezüglichen Entscheidungsgründe des Hofgerichts und Oberhofgerichts besagen:

Des Hofgerichts des Mittelrheins:

Es kann nicht bezweifelt werden, daß die gegen Annsh. verfügte Beschlagnahme, welche dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend, ganz allgemein erkannt wurde, nicht blos auf das gegenwärtige, sondern auch auf das künftige, in der Zeit des Beschlags noch anfallende, Vermögen zu beziehen ist. Beide zusammen bilden den Begriff des gesammten Vermögens und der Zweck des Gesetzes erstreckt sich ebensowohl auch auf das künftig anfallende Vermögen.

Schon aus der bisherigen Ausführung geht aber auch hervor, daß die mehrerwähnte Maßregel als eine Maßregel des öffentlichen Rechts erscheint, welche der kläger'schen Rechtserwerbung hemmend entgegenstand und steht; auf dieses auf dem öffentlichen Rechte beruhende Hinderniß kann sich demgemäß jeder betheiligte Dritte berufen, wenn gleich der Beschlag zunächst nicht in seinem Interesse verfügt wurde, es kommt daher der bezügliche, auch für den beklagten Joh. K. mitgeltend gemachte Einwand nicht blos dem großh. Fiscus, sondern auch dem beklagten Joh. K. zu Statten.

Des Oberhofgerichts:

Unter dem in Beschlag zu nehmenden, von einem Pfleger zu verwaltenden Vermögen eines flüchtigen Angeschuldigten ist nicht allein dasjenige Vermögen, welches er zur Zeit der Anlage des Beschlags besitzt, sondern auch das ihm noch künftig während dessen Dauer anfallende zu verstehen, wie sich hauptsächlich aus dem Zweck des Gesetzes ergibt, der dahin geht, einem flüchtigen Angeschuldigten mit der Verfügungsgewalt über sein Vermögen auch den Lebensunterhalt zu entziehen und ihn dadurch zur Rückkehr zu nöthigen.

Hiernach war dem Annsh. mit der öffentlich verkündeten Beschlagsverfügung des Untersuchungsrichters die Dispositionsbefugniß auch über das ihm künftig anfallende Vermögen entzogen, und hat er ungeachtet dessen über die ihm im Jahre 1853 angefallene Forderung an Joh. K. durch Cession Verfügung getroffen, so ist der Letztere — gleichviel ob er von der Beschlagnahme durch eine

Digitized by Google

specielle Eröffnung oder nur durch die öffentliche Verkündung Kenntniß erhielt — berechtigt, die Legitimation des ihn belangenden Cessionars mit der Behauptung zu bestreiten, daß der Cedent keine Veräußerungsbefugniß besessen habe.

Eberlein.

V.

Die Auslegung des §. 221 der Pr.O. betr.

(Annalen XIX. 161. 307. XX. 2. 223. 327.)

Bei mehreren Amtsgerichten des Landes wurden seit Einführung der neuen Prozeßordnung Klagen ihrer Amtsuntergebenen gegen Staatsangehörige in anderen Bezirken zu Protokoll genommen, und sodann dem zuständigen Gerichte zur Verhandlung übersendet.

Diese Uebung hat sich unseres Wissens bis in die neueste Zeit erhalten. Wenn nemlich auch nach der in der Justizministerial-Verordnung vom 26. August 1853 (Annalen 1853 S. 327) dem §. 221 der Pr.O. gegebenen Auslegung ein Recht der entfernt wohnenden Partei, ihre Vorträge vor dem Amtsgericht ihres Wohnsitzes abzugeben nur dann angenommen wurde, sofern es sich um eine Erklärung auf ein gegentheiliges Vorbringen handelt, so folgerten die Gerichte aus dieser Auslegung nur, daß sie hiernach zur Aufnahme von Klagen, worüber ein anderes Gericht zu verhandeln habe, nicht verpflichtet seien, keineswegs aber, daß ihnen auch die Befugniß hiezu mangle.

Einer derartigen vom Amtsgericht O. aufgenommenen und dem Amtsgericht H. zur Verhandlung übersendeten Klage hat jedoch das letztere mit Beschluß vom 19. September v. J. No. 609 die Ladung versagt, weil vom oberrheinischen Hofgerichte schon in einer früheren Sache das Gesetz dahin ausgelegt worden sei, daß der Kläger seine Klage persönlich bei dem fernen Amtsgerichte zu begründen, oder schriftlich einzureichen habe.

Das mittelrheinische Hofgericht sprach sich jedoch anläßlich dieses Falls für die Ansicht des Amtsgerichts O. aus, weil auch, außer dem oben über die Auslegung des §. 221 der Pr.O. Gesagten, hinsichtlich der Klagen, und solcher Parteivorträge, worauf erst weitere Verhandlung einzuleiten sei, aber welche keine weiteren Verhandlungen nothwendig machen, §. 218 der Pr.O. bestimme, daß die Partei sie mündlich oder schriftlich vorbringen dürfe, und der vom Amtsgericht des Wohnsitzes der Partei protokollirte und von dieser unterzeichnete Vortrag doch mindestens — schon nach dem civilrechtlichen Grundsatze des L.R.S. 1318 — einer schriftlichen Eingabe gleichstehen müsse, und mithin wie eine solche zulässig sei.

Nach der Ansicht des benannten Gerichtshofs wollte der Gesetzgeber in den Fällen, in welchen §. 221 der Pr.O. keine Anwendung findet, dem Amtsgerichte des Wohnsitzes der Partei anheimgeben, ob es mit Rücksicht auf den Stand seiner Geschäfte und nach Prüfung der Umstände sich in der Lage befinde, der Bitte seines Gerichtsuntergebenen um Aufnahme von Vorträgen zu entsprechen, und ist ein Verbot solchen gerichtlichen Beistands um so weniger zu unterstellen, als gerade bei Abfassung der neuen Prozeßordnung bekanntlich bezweckt worden, den Parteien die Selbstvertretung zu ermöglichen. (vrgl. z. B. §. 634 und 1185 der Pr.O.)

Da aber vom oberrheinischen Hofgericht mit Erlaß vom 17. Oktober l. J. No. 4749 auch bei diesem Falle, die schon obenerwähnte, früher ausgesprochene Gesetzesauslegung beibehalten und bemerkt wurde, daß es eine Ausdehnung des §. 221 der Pr.O. nicht für statthaft halte, und mit der Stellung des Richters es für unerträglich und zu mannichfachen Mißverständnissen führend erachte, wenn derselbe außer den Fällen, in welchen er von dem zuständigen Richter requirirt ist, in dessen Namen eine richterliche Handlung vorzunehmen, je nachdem er Zeit oder Lust dazu habe, mit der Vertretung seiner Amtsangehörigen bei auswärtigen Geschäften befaßt, und die von ihm aufgenommenen Protokolle die Natur von schriftlichen Eingaben der Parteien annehmen, und sofach der Beurtheilung nach den Bestimmungen des XV. Titels der Pr.O. unterstellt worden, so wurde hierüber an großh. Justizministerium berichtet, welches hierauf mit Erlaß vom 23. v. M. No. 8564 unter Hinweisung auf seine obengedachte Belehrung vom 26. August 1853 und die mit seiner Genehmigung erlassene Erläuterung großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 23. Oktober 1852 (R.G.Bl. für den Oberrheinkreis No. 29) zu erkennen gab, daß es die im Erlasse großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 17. Oktober l. J. No. 4749 ausgesprochene Ansicht vollkommen theile, und die Aufnahme von Klagen durch den

Digitized by Google

Richter des Wohnsitzes einer Partei statt durch den zur Verhandlung der Sache zuständigen für ungeeignet halte."

Hiernach werden sich wohl die Amtsgerichte in Zukunft nicht mehr veranlaßt sehen, derartige Klagen zu protokolliren.

VI.

Oberberufungssumme.

Ist das in II. Instanz erfolgte Urtheil den Appellanten günstiger als das untergerichtliche Erkenntniß, so findet ihrerseits die Oberberufung nur bei einer Beschwerdesumme von 1000 fl. statt.

Casimir Griesbach hatte gegen Johann und Clara Rheinschmitt ein Erkenntniß erwirkt, wodurch die Beklagten zur Zahlung von 515 fl. nebst Zinsen verurtheilt worden sind. Auf die dagegen ergriffene Appellation wurde die Verurtheilung der Beklagten von der Ableistung eines dem Kläger zugeschobenen Eides abhängig gemacht. Für den Fall der Verweigerung dieses Eides sollten die Beklagten noch einen Reinigungseid schwören, um die Abweisung des Klägers zu bewirken.

Die dagegen von den Beklagten eingewandte Oberberufung ward als unstatthaft erklärt, und zwar aus folgenden

Gründen:

In Erwägung, daß der Richter erster Instanz die Beklagten, Oberappellanten unbedingt zur Zahlung der eingeklagten 515 fl. sammt 5 pCt. Zinsen vom 2. Juni 1853 an, nebst Betreibungskosten, verurtheilt hat, und auf die dagegen von den Beklagten eingelegte Berufung der Richter der zweiten Instanz dieselben — jedoch nur bedingt — zur Zahlung der gleichen, und beziehungsweise einer geringeren Summe (400 fl.) verurtheilte, und dieses Erkenntniß offenbar in mehrfacher Beziehung den Beklagten günstiger ist, als das amtliche, da außer der eben gedachten eventuellen Herabsetzung der Urtheilssumme der Kläger noch dem hofgerichtlichen Urtheile noch einen Eid leisten muß, um das zu erlangen, was ihm im amtlichen Erkenntniß ohne diese Obliegenheit zuerkannt ist,

In Erwägung, daß hiernach die von den Beklagten gegen das hofgerichtliche Erkenntniß ergriffene Oberappellation unverkennbar gegen dieselben Theile des Erkenntnisses, wogegen von ihnen die Berufung eingelegt war, gerichtet erscheint, und es ganz unerheblich ist, wann mit der Hauptbeschwerde einzelne Nebenbeschwerden, die jedoch alle nur denselben Zweck haben, die Verurtheilung zur Zahlung der Klagforderung zu beseitigen, verbunden worden.

In Erwägung, daß in diesem Falle nach §. 1192 der Pr.O. das Dasein einer Streitsumme von 1000 fl. zur Oberappellation erforderlich ist, welche der urtheilsmäßige Streitbetrag weitaus nicht erreicht.

Aus diesen Gründen u. s. w. Otf.

VII.

Curiosum.

Es wurde ein öffentliches Testament mit der Behauptung angefochten, daß ein Testamentszeuge taub gewesen sei und somit diejenige Eigenschaft nicht gehabt habe, welche ein Mensch haben muß, um überhaupt etwas, was außer ihm vorgebt und gesprochen wird, bezeugen zu können. Hierauf wurde von dem betreffenden Bezirksamte (unter wörtlicher Beifügung folgender Gründe),

In Erwägung,

1) daß Taube nur in dem Falle Testamentszeugen sein können, wenn sie nicht lesen und nicht schreiben können (Baurittel zu den öffentl. Testamenten S. 108 ff.), L.R.S. 980;
2) daß dieses in vorwürfiger Klage nicht behauptet wird, sie somit rechtlich nicht gegründet ist,

erkannt:

Die Klage sindet nicht statt.

V. R. W. D.

In der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim sind zu herabgesetzten Preisen zu haben:

Sammlung der großherzoglich badischen Regierungsblätter von 1803 bis 1856 für fl. 22.

Lauchhard, Rechtsfälle, 1r bis 9r Bd. fl. 13.

Jahrbücher des großherzoglichen Oberhofgerichts 1r bis 7r Bd. 4° und neue Folge, complett, gebunden fl. 24.

Tuttlinger, Archiv des badischen Rechts. 3 Bde. mit Beilageheft fl. 3. 36.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 47.**

I.

Ist das Aufforderungsverfahren des §. 736 der P.O. bei mangelndem rechtlichen Interesse statthaft, und was versteht man unter rechtlichem Interesse?

Das in §. 736 der Pr.O. gegebene Rechtsmittel, ein in unsere Prozeßgesetzgebung übergegangenes gemeinrechtliches Institut, dessen Wurzel die lex 5 C. de ingen manum. 7, 14 ist, soll nach richtiger Auslegung des sechsunddreißigsten Titels der Pr.O. und insbesondere der §§. 725. 728. 736 und 737. 739 nur für statthaft erklärt werden:

1) Wenn es ungewiß ist, ob Personen vorhanden sind, welche persönliche oder dingliche Ansprüche gegen einen Andern in Bezug auf eine bestimmte Sache machen können oder wollen: wenn der Aufforderer also entweder keine Klage hat, oder einen Beklagten nicht kennt, und derselbe dabei
2) ein rechtliches Interesse nachweist, gegen derartige Ansprüche Sicherheit zu erhalten.

Das hier unter 2) angeführte Erforderniß ist es nun vorzüglich, welches der anscheinend sehr unbestimmten Fassung halber unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nimmt. Was ist Interesse? Was ist insbesondere „rechtliches Interesse?"

Offenbar umfaßt das Wort Interesse im Allgemeinen die Begriffe Bedürfniß und Recht, denn es gibt Interessen oder Bedürfnisse die berechtigt, und solche, die es nicht sind, und ein Recht ist gar nichts als ein erzwingbares Bedürfniß im weitesten Sinne.

Daher sind alle Rechte Bedürfnisse, nicht aber alle Bedürfnisse Rechte.

Aber selbst die mit der rechtlichen Form ihrer Geltendmachung bewahrten Bedürfnisse, sie seien nun Personen- oder Sachrechte, geben dem Berechtigten nicht die Befugniß mehr geltend zu machen und zu erzwingen, als zu ihrem Inhalte nöthig ist, und hier liegt der Grund zur Anerkennung eines besondern rechtlichen Interesse.

An der Erfüllung einer Obligation hat offenbar jeder Theil Interesse, weil schon die Contrahirung derselben gar nicht ohne die Vorstellung von der dadurch zu erzielenden Veränderung in den Güterverhältnissen der Rechtssubjekte und den dadurch gebotenen materiellen oder ethischen Genüsse, Güter im weitesten Sinne — ohne rechtlichen Zweck — geschieht, das Begehren der Erfüllung also ein Streben zur Verwirklichung dieses Zweckes ist. Und deßhalb kann nicht der Arme dem reichen Gläubiger entgegenhalten, daß er sein Geld nicht brauche, während jeder Schuldner den gegen ihn gerichteten Handlungen seines Gläubigers, die nicht auf Erfüllung der Obligation oder Sicherung der daraus hervorgehenden Rechte sich beziehen, entgegenhalten kann, tua non interest!

Aehnlich verhält sich dies beim Eigenthum und den übrigen dinglichen Rechten. Da das Eigenthum das Recht ist, alle andern Willen in Bezug auf eine bestimmte Sache völlig auszuschließen, so könnte es scheinen, als ob jeder Eigenthümer das Recht hätte, alle, auch die indifferentesten Handlungen Dritter in Bezug auf seine Sache auszuschließen, und jedes Zuwiderhandeln durch eine Klage zu verfolgen.

Allein der Zweck des Eigenthums ist denn doch nur die Möglichkeit, eine Sache völlig frei zu eigenen Zwecken beherrschen zu dürfen, und wo also eine Handlung vorläge, die diesen Zweck objektiv gar nicht alterirte, müßte dem Eigenthümer jedes Bedürfniß und damit auch das Recht abgesprochen werden, sie zu hindern oder zu ahnden.

Alle Mittel nun, welche das Gesetz zur Geltendmachung der Rechte gibt, beziehen sich naturgemäß nur auf

Digitized by Google

die Erfüllung (Realisirung), Erhaltung und Sicherung derselben, andere Rechtsmittel kennt das Gesetz nicht, und es liegt kein Bedürfniß für solche vor. —

Da die dinglichen Rechte auch gegen Dritte verfolgt werden können, so geben die gesetzlichen Schutzmittel hier gegen jeden Störer, während ein persönliches Recht nur gegen den Verpflichteten geltend gemacht werden kann, und zwar der Sicherung und der Erfüllung nach. Dabei ist indessen zu beachten, daß die Gegenstände dieser Forderungsrechte, insoferne sie sich im Rechtsverkehr der Personen befinden, zuletzt der Zweck des Rechtes sind, und daß dem Berechtigten, wenn seinem Schuldner alle Mittel zur Erfüllung fehlen, an der Existenz seines Rechtes nicht mehr besonders viel liegen kann.

Das Gesetz gibt daher den Gläubigern verschiedene Mittel und Wege an die Hand, wodurch sie in Stand gesetzt sind, ihre Rechte zu verwirklichen, indem das Vermögen des Schuldners der freien Veräußerung und Verschleuderung entzogen wird.

Gesetzliches und richterliches Pfandrecht. Einsprache des § 1039, Arrest, L.R.S. 1167.

Dem Eigenthümer oder sonst dinglich Berechtigten stehen die Eigenthumsklagen, Besitzklagen, ferner die Negatorien- und Confessorienklagen zur Seite, außerdem aber für besondere Fälle §. 736 der Pr.O. Diese Schutzmittel für dingliche und Forderungsrechte genügen auch, ohne daß es nöthig wäre, die für den Eigenthümer gegebenen Schutzmittel auch dem Forderungsberechtigten zu vindiziren.

Während Jemand an einer Sache, die ich als Eigenthümer besitze oder erwerben will, mir unbewußt Rechte haben, dieselben jeden Augenblick geltend machen und mich dadurch in verschiedene Unzukömmlichkeiten bringen kann, ergibt sich aus dem innersten Wesen eines Forderungsrechts, daß dasselbe nicht von Jemand geltend gemacht werden kann, der es nicht wirklich oder durch Fiction selbst begründete (Papiere au porteur) oder der nicht ebenfalls dasselbe in Folge eines Vertrages erwarb; daher kann nicht der Fall eintreten, daß Jemand im Ungewissen ist, ob das ihm zustehende Forderungsrecht vielleicht von Jemand anders in Anspruch genommen werden will, denn sein vertragsmäßig oder auf irgend eine andere Art für ihn erworbenes Recht kann nicht für einen andern existiren, wohl aber können neben seinem Rechte noch andere anderer Personen vielleicht auf dieselbe Sache, ja vielleicht aus demselben Vertrage vorhanden sein. Diese alle kümmern ihn aber nicht, er sucht nun sein Recht, den ihm unterworfenen Willensakt des Schuldners zu realisiren, alle weiteren Schritte, die diesen Zweck nicht haben, sind indifferent und bis zum Ueberfluß unerheblich wäre es, wenn es Jemanden in den Sinn käme, eine Aufforderung an alle die Dritten zu erlassen, welche etwa sein persönliches Recht (z. B. den Pacht eines Hauses) nicht anerkennen, gefährden oder für sich in Anspruch nehmen wollten, während er doch nur von seinem Contrahenten Gewährleistung und Erfüllung zu begehren hätte.

Wenn also nicht 2 Personen zugleich dasselbe persönliche Recht zustehen kann, so können sie doch als Gläubiger der nämlichen Person in Bezug auf die Befriedigungsmittel kollidiren, oder der Schuldner selbst kann solche während des Bestehens eines solchen Rechtes veräußern oder verschleudern, und hier hat das Gesetz bereits den nöthigen Schutz, wie erwähnt, vorgekehrt. Denn jeder Gläubiger kann nur den Zweck haben, mit seiner Forderung befriedigt zu werden, und ebendeßhalb fehlt ihm alles rechtliche Interesse zu der Frage, ob auch Befriedigungsmittel für andere Gläubiger vorhanden und ob diese befriedigt werden können. Daher würde es gewiß sonderbar erscheinen, wenn ein Gläubiger einen andern zur Geltendmachung seiner Rechte gegen den gemeinschaftlichen Schuldner auffordern wollte, und ihm das Präjudiz des Verlustes seines Forderungsrechtes androhte.

Nach diesen Erörterungen werden wir also „rechtliches Interesse" definiren, als das von dem Zwecke oder Inhalte eines Rechtes gebotene Bedürfniß zu einer Rechtshandlung und von Mangel an rechtlichem Interesse da sprechen, wo ein Recht durch irgend einen Umstand nicht beeinflußt wird, und doch gegen denselben Abwehr versucht werden sollte.

Veranlassung zu obigen Betrachtungen und zu den nachfolgenden Ausführungen gab nachstehender, in mehrfacher Hinsicht interessanter Fall:

Auf Ableben des durch die famöse Halsbandgeschichte zu einer Art von Berühmtheit gekommenen französ. Kardinals Rohan*), welcher bekanntlich als refugié im Badischen lebte, brach über seinen Nachlaß (er besaß im badischen Oberlande Güter) die Gant aus, und ein gewisser Hypolithe Cerfberr aus Paris hatte an die Masse eine Forderung von 329,000 Fr. zu machen.

---

*) Kardinal Louis René Edouard Rohan Guéméné starb den 16. Februar 1802 zu Ettenheim.

Digitized by Google

Wohl zur Betreibung dieser Forderung hielt sich Cerfbert in den Jahren 1823 bis 1827 zeitweilig in Rastatt, dem damaligen Sitze des mittelrheinischen Hofgerichts, bei dem, als privilegirtem Gerichtsstande die Gant anhängig war, auf. Während dieser Zeit war er genöthigt, verschiedene Rastatter Einwohner um Darlehen anzugehen, welche bei seinem angeblich im Jahre 1837 erfolgten Tode noch nicht zurückbezahlt gewesen sein sollen. Erst nach diesem Zeitpunkte erfolgte der Vertheilungsbescheid, welcher die Gant zum Abschlusse brachte, und es fielen auf die Forderung Cerfbert's beiläufig 1100 fl.

Das großh. Hofgericht forderte den genannten Gläubiger und beziehungsweise dessen Erben und Rechtsfolger öffentlich auf, ihre Rechte an die fragliche Summe geltend zu machen und verfügte, als dies erfolglos blieb, im Jahre 1845 die Hinterlegung bei großh. Amortisationskasse nach Maßgabe des Gesetzes vom 3. August 1837.

Als die Rastatter Gläubiger des Cerfbert hievon Kenntniß erhielten, beschlossen sie, da nun Vollstreckungsmittel für ihre Forderungen vorhanden zu sein schienen, dieselben gerichtlich geltend zu machen, und zur Vereinfachung wurden diese Forderungen durch Cession in der Hand des einen von ihnen, H. H. vereinigt.

In dessen Namen reichte sodann im Jahre 1853 O.G.A. K. eine Klage bei großh. Oberamt Rastatt ein, welche gegen 38 Personen in den verschiedensten Ländern des europäischen Continents wohnend, als Erben des Hypolithe Cerfbert gerichtet wurde. Diese Personen wurden theils als Kinder und theils als Enkel von Geschwistern des Erblassers bezeichnet und angeführt, daß derselbe kinderlos verstorben sei.

Es erging auch wirklich vom großh. Oberamt Rastatt unterm 10. Mai 1855 gegen 36 dieser Personen (2 derselben hatten auf ihre Ansprüche an die deponirte Summe verzichtet), ein Verfäumungserkenntniß, welches dieselben zur Bezahlung der eingeklagten Summe von 352 Fr. 50 Cent. und Zins vom 1. November 1827, 1232 Fr. 39 Cent. mit Zins vom 27. März 1826 und 189 Fr. 14 Cent. verzinslich vom 26. Oktober 1823, in verschiedenen Antheilen verurtheilte.

Für diese Beträge erwirkte nun der Gläubiger am 25. Juli und 28. August 1855 Beschlag auf die deponirte Summe, und ebenso am 17. Juli und 9. September 1855 Zuweisung der mit Beschlag belegten Beträge.

Alle diese Verfügungen wurden, da auch die dem Aufenthalte nach benannten Beklagten die Aufstellung eines inländischen Zustellungsgewaltshabers unterlassen hatten, zur Verkündung an die Gerichtstafel angeschlagen.

Als nun in Folge hievon H. H., beziehungsweise dessen an seine Stelle getretenen Erben, die Auszahlung der zugewiesenen Summe vom großh. Amortisationskasse verlangte, weigerte sich diese, und die Gläubiger sahen sich genöthigt dieselbe gerichtlich zu belangen.

Neben andern Einwendungen, welche die beklagte Amortisationskasse, beziehungsweise der Fiskus gegen die Zahlungsverbindlichkeit und die wirkliche Auszahlung erhob, hielt sie den Klägern vorzüglich entgegen, daß sie nicht wisse, ob die belangten Personen wirklich die Rechtsnachfolger des Hypolithe Cerfbert geworden, und ob nicht vielmehr andere Personen, vielleicht mit Ausschluß der Beklagten, z. B. als Erbfolger oder Ebnehmer an seine Stelle getreten seien, welche Ansprüche an die hinterlegten Gelder haben könnten, wie sie überhaupt nicht einmal wisse, ob Hypolithe Cerfbert wirklich gestorben sei. Ob die belangten Personen Geschwister und beziehungsweise Geschwisterkinder und Enkel von Geschwistern seien, darüber hat sich die beklagte Kasse nicht erklärt.

Das großh. Oberamt Bruchsal, bei welchem die Klage angebracht worden war, legte nun durch Verfügung vom 28. Januar v. J. den Klägern den Beweis auf, daß die von ihnen bei großh. Oberamt Rastatt belangten Personen wirklich Rechtsnachfolger des Cerfbert geworden seien.

Die darauf folgende Beweisantretung konnte nun nicht behaupten, daß diese Personen die Erbschaft wirklich angetreten hatten, es wurde sich aber auf die Gantakten des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises bezogen, aus welchen hervorgehen sollte, daß Cerfbert ohne Kinder gestorben und seine Geschwister seine (gesetzlichen) Erben seien, auch wurde ein Todesschein des Cerfbert in gehöriger Form vorgelegt und wiederholt geltend gemacht, daß die belangten Personen stillschweigend ihre Qualität als Erben zugestanden hätten.

Da sie indessen mit diesen Beweismitteln nicht durchzureichen fürchteten, bieten die H. H'schen Erben für zweckmäßig durch eine öffentliche Aufforderung im Sinne des §. 736 der Pr.O. formell festzustellen, daß außer den belangten Personen keine andern Erben oder Erbfolger des Hypolithe Cerfbert vorhanden seien. Sie reichten deshalb bei großh. Amtsgerichte Rastatt eine Aufforderungsklage in obigem Sinne ein, begründeten ihr Interesse an derselben durch die obenerwähnten Einwendungen der großh.

Digitized by Google

Amortisationskasse und die Zuständigkeit dieses Gerichts durch Berufung auf §. 729 der Pr.O.

Obgleich es nun nach obiger Darstellung sogleich klar ist, daß das hier gewählte Mittel den den H.H'schen Erben auferlegten Beweis zu liefern nicht im Stande sein konnte, den Beweis nemlich, daß die von ihnen belangten Personen Rechtsnachfolger des Cerfbeer wirklich geworden seien, besonders da sogar die Kläger bereits erklärt hatten, daß überhaupt Niemand die Erbschaft angetreten habe, und obgleich es scheinen könnte, als genüge schon dieser Umstand, die öffentliche Aufforderung, weil für jenen Beweis unerheblich, als durch kein Interesse geboten, für unstatthaft zu erklären, so war doch zunächst die Erörterung dieser Frage dem Ermessen des Gerichts nicht unterbreitet, es mußte vielmehr die Prüfung der rechtlichen Begründung auf die Thatsachen beschränkt bleiben, welche in der Aufforderungsklage selbst vorgetragen worden waren.

Diese Prüfung führte das großh. Amtsgericht Rastatt zu dem Resultate, daß die Aufforderungsklage, deren ausgesprochener Zweck der war, rechtlich (formell) festzustellen, daß keine andern Erben oder Rechtsfolger des Hypolithe Cerfberr (als die Belangten) vorhanden seien, um nachher gegen die eingeklagten Erben die Zuweisung des deponirten Betrages — ihr punmehriges Forderungsrecht an die Amortisationskasse — zu realisiren, unstatthaft und daß jedenfalls das Amtsgericht Rastatt nicht zuständig sei.

Es wies daher die Aufforderungsklage, weil der Frage nach der Sachbegründung die nach der Competenz vorausgehen müßte, obwohl hier der umgekehrte Weg in der Natur der Sache lag, die Aufforderungsklage als „hier nicht stattfindend," ab. Seine Entscheidungsgründe waren:

„In Erwägung, daß eine Aufforderung zur Klage überall da nicht stattfindet, wo dem Aufforderer selbst eine Klage zusteht; §. 727 der Pr.O., daß also dieß Rechtsverfolgungsmittel nur ein subsidiäres für diejenigen Fälle ist, wo gar keine Möglichkeit vorhanden, selbst zu klagen, entweder, weil Jemand nur als Beklagter auftreten könnte, oder weil aus der Natur des Verhältnisses sich ergibt, daß gar keine bestimmten Beklagten namhaft gemacht werden können.

In Erwägung, daß aber dieser Fall hier nicht vorliegt, da die Kläger die Cerfberr'schen Erben d. h. die gesetzlichen kennen und sie bereits belangt haben.

In Erwägung, daß selbst, wenn die Unterstellung, als seien die von den H'schen Erben mit der Klage vom 10. September 1853 belangten Personen die Erben des Gerfberr alle, unrichtig wäre, ihnen das Gesetz doch keine Klage an die Hand gibt, die Bezeichnung aller Erben einer bekannten Person bestimmt zu erfahren.

In Erwägung, daß aber die jetzige Aufforderungsklage, wenn sie von den jetzigen Klägern ausgeht, im Grunde gar keinen andern als den angedeuteten Zweck haben kann, indem es, selbst wenn die Aufforderung das Resultat hätte, daß sich etwaige Erben melden, den Klägern dennoch überlassen bleiben müßte, nun auch gegen diese die Schuld richtig zu stellen und Zuweisung zu erlangen, während in den Fällen, die das Gesetz im Auge hat, nur von den Aufgeforderten an die Aufforderer Ansprüche gemacht werden können. Pr.O. §. 726. 727. 736.

In ferneter Erwägung, daß die Zuweisung der bei großh. Amortisationskasse hinterlegten Gelder den Klägern nur ein Forderungsrecht an die ersten gibt, sie aber keineswegs sich im Besitze dieser Gelder befinden, und daher auch gar nicht nöthig haben, darzuthun, daß nicht möglicherweise noch andere Personen an den zugewiesenen Schuldner Rechte in Bezug auf die zugewiesene Forderung haben, mit andern Worten, daß die Kläger zu der intentirten Aufforderung gar nicht legitimirt sind, es vielmehr der großh. Amortisationskasse, wenn sich der Fall dazu bereits geschaffen, überlassen bleiben müßte, sich gegen Reklamationen dritter Personen oder Erben des präsumtiven Hinterlegers sicher zu stellen.

In Erwägung endlich, daß hiernach das angegangene Gericht gar nicht zur Erlassung der beregten Aufforderung zuständig ist, weil, wie gesagt, nicht die Cerfberr'schen Erben es sind, welche Ansprüche an die H. H. zu machen hätten, vielmehr der umgekehrte Fall vorhanden ist, und daß die Cerfberr'schen Erben nur solche bei der Hinterlegungskasse hätten, diese also als die Beklagte ihnen gegenüber erscheine, und auch nach ihr die Zuständigkeit sich richtete. Pr.O. §. 729 Abs. 2 vergl. mit §. 9 der Pr.O."

Die Kläger ergriffen gegen diese Verfügung die Appellation an das großh. Hofgericht. Dieses sprach in seinem Erkenntnisse vom 31. Oktober d. J. aus, daß das Amtsgericht Rastatt zur Erlassung der Aufforderung das zuständige Gericht sei, und wies daher die Sache an dieses zurück. Es könnte nun zweifelhaft scheinen, ob das Hofgericht, nachdem in den Entscheidungsgründen zur amtsgerichtlichen Verfügung, die gewiß behufs der Erlassung einen nothwendigen Bestandtheil derselben bilden, ausgesprochen war, daß das klägerische Gesuch gar nicht begründet erscheine, im Sinne des §. 1177 der Pr.O. gehan-

Digitized by Google

delt hat, als es die Sache an das Untergericht zurückwieß und dadurch den Unterrichter veranlaßte, entweder seine Ansicht zu ändern oder die Klage nunmehr definitiv abzuweisen, so gehört diese Frage doch nicht in die vorliegende Erörterung.

Die Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Erkenntnisse waren:

„Wenn der Unterrichter seiner Entscheidung den Grundsatz vorausgeschickt hat, daß eine Aufforderung zur Klage oder öffentlichen Vorladung unbekannter Betheiligten überall da nicht stattfinde, wo der Auffordernde selbst eine Klage zu erheben in der Lage sei, so ist dieser Grundsatz zwar richtig, kann aber im vorliegenden Falle um deßwillen nicht zur Anwendung kommen, weil die Kläger nicht im Stande sind, gegen diejenigen Erben und Rechtsnachfolger des verstorbenen Hypolithe Cerfberr, welche vielleicht noch auf das bei der Amortisationscasse hinterlegte Geld Ansprüche zu machen berechtigt sind, eine Klage zu erheben, da diese dritten Betheiligten den Klägern z. Z. gänzlich unbekannt sind.

Es handelt sich auch nicht um eine Klage gegen die schon belangten gesetzlichen Erben des verstorbenen Schuldners der Kläger, sondern um die Frage, ob anstatt dieser gesetzlichen Erben möglicherweise andere Personen die Rechtsfolger des verstorbenen Cerfberr geworden seien. Dieß zu erfahren, hat der kläger'sche Theil ein rechtliches Interesse, zu dessen Wahrung ihm das in §. 736 der Pr.O. bezeichnete Mittel gegeben ist. Diese öffentliche Aufforderung hat aber keineswegs, wie der Unterrichter annimmt, den Zweck, alsdann eine Klage gegen die jetzt noch unbekannten Betheiligten zu erheben, sei es auf Zahlung der Schuld ihres Rechtsvorfahrers, oder auf Anerkennung des kläger'schen Rechtes an dem hinterlegten Gelde, sondern es will diese Aufforderung die Ansprüche der Kläger und der Amortisationscasse gegen spätere Anfechtungen sicher stellen; es will kein anderer Zweck erreicht werden, als dritte Betheiligte, deren Rechte den Klägern hindernd im Wege stehen könnten, zur Geltendmachung ihrer Rechtszuständnisse unter dem Präjudiz des Ausschlusses mit denselben aufzufordern.

Durch dies Rechtsmittel können die jetzt noch unbekannten Rechtsnachfolger des verstorbenen Hypolithe Cerfberr allerdings in die Lage gebracht werden, angriffsweise bei Gericht gegen die jetzigen Kläger aufzutreten, und dieser Angriff kann, wie in der Appellationsbeschwerdeschrift richtig angedeutet ist, nur eine Einsprache im Vollstreckungsverfahren sein, die auf den Grund der §§. 1039 und 1040 der Pr.O. gegen die Kläger erhoben wird.

Zur Verhandlung einer solchen Einsprache würde das grohh. Amtsgericht Rastatt zuständig sein, da von letzterm der Prozeß in der Hauptsache verhandelt und entschieden, wie auch zum Zwecke der Vollstreckung Beschlag auf das hinterlegte Geld verfügt wurde. §. 28. vergl. 729 der Pr.O.

Das Aufforderungsgesuch will nicht auf den Grund von L.R.S. 1166 die Rechte der Amortisationscasse sichern*), sondern es treten die Kläger in eigenem Namen auf. Daß dieselben ein eigenes Interesse haben, in ihren Ansprüchen auf das hinterlegte Geld nicht späterhin durch das Auftreten von bisher unbekannten Personen gekränkt zu werden, ist klar und hinreichend dargethan, wie es auch feststeht, daß dieses Interesse durch die Aufforderung jener Personen im Wege öffentlicher Vorladung gehindert wird und darum auch rechtlich zulässig ist."

Ein tieferes Eingehen in die thatsächliche und rechtliche Seite des Falles soll nun aber zeigen, daß die Kläger nicht nur kein Recht zu der Aufforderung haben, da die thatsächlichen Voraussetzungen des §. 736 nicht vorhanden sind, sondern auch, daß die Aufforderung für die Kläger von keinem Interesse, ja sogar zweckwidrig ist.

I. Sie haben kein Recht:

1) Vor Allem muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß das bei der Amortisationskasse nach Maßgabe des Gesetzes über die Hinterlegung vom 5. August 1837 und der Vollzugsverordnung vom 28. Dezember desselben Jahres hinterlegte Geld vom Standpunkte der zur Rückforderung Berechtigten gar nicht als eine „Sache" betrachtet werden kann, in Bezug auf welche etwaige Berechtigte aufzufordern wären, wie dieß schon in den amtsgerichtlichen Entscheidungsgründen angedeutet ist. Es handelt sich nämlich hier um ein depositum irregulare (arg. art. 5 des citirten Gesetzes. L.R.S. 1917. 1921. 1930 a. 1963), also um ein bloßes Forderungsrecht, welches nicht auf die hinterlegten Geldstücke (als dem Hinterleger gehörig), sondern nur auf tandundem ejusdem generis sich bezieht.

Auf ein solches Forderungsrecht können doch dritte Personen nie Rechte haben oder geltend machen, außer etwa im Falle diese in die Rechte des ursprünglichen

*) Der kläger'sche Anwalt suchte nämlich die Kläger auch dadurch zur Aufforderungsklage (in der Beschwerdeschrift) zu legitimiren, daß er ausführte, es stünde den Klägern jedenfalls frei, die Befugnisse der Amortisationskasse geltend zu machen.

Digitized by Google

Gläubigers eingetreten sind, in welchen Falle die Eingetretenen die Eigenschaft als Dritte verlieren, und der bisherige Gläubiger Dritter wird. Dieß ist sogar bei einer bloßen Cession der Fall, so lange der Cessionar das Recht geltend machen will. Es ist demnach undenkbar, daß ein Gläubiger ein Interesse haben soll, zu erfahren, ob andere Personen sich der Realisirung dieses Rechtes in den Weg stellen wollen. Etwaige Erben des Hinterlegers haben aber ebenmäßig nur ein Forderungsrecht wie ihr Erblasser, sie können nicht als Dritte gelten. Aber solche Erben haben nicht etwa das Recht in Bezug auf Erbschaftsforderungen etwaige noch unbekannte Erben mit der Wirkung aufzufordern, ihre Ansprüche binnen einer bestimmten Frist bei Vermeidung des Verlustes geltend zu machen, sie können solche Forderungen wohl ohne Rücksicht auf andere etwa vorhandene Erben vertheilen, dieselben verlieren nur mit Ablauf der Verjährungsfrist ihre Erbrechte in Bezug auf alle Theile der Hinterlassenschaft. (L.R.S. 798. 799.) Können also nicht einmal die Erben eine solche Aufforderung gegen ihre Miterben wirksam machen, wie sollte dieß ein Gläubiger dieser Erben können!

Dagegen vom Standpunkte des Depositars aus ist dies anvertraute Geld offenbar eine Sache im Sinne des §. 736, welche die ganze Dauer der Verjährungszeit hindurch wenigstens in genere reklamirt werden kann, und wenn ihm auch nicht das Recht zukömmt, während dieser Zeit den Hinterleger oder dessen Erben mit der Wirkung aufzufordern, daß er im Nichtmeldungsfalle die Forderung verliere, so hat er dies Recht doch gewiß dann, wenn er von den durch das Gesetz berufenen Erben um Herauszahlung angegangen, im Zweifel ist, ob etwa Erbfolger oder Erbnehmer, die zu kennen man ihm nicht zumuthen kann, nähere Rechte an die Verlassenschaft, und also auch an das hinterlegte Geld haben. Denn die Erbfolger oder Erbnehmer können aus der ganzen menschlichen Gesellschaft genommen sein, ohne daß der Zusammenhang mit dem Erblasser durch bestimmte formelle Beziehungen zu Tage träte; sie gelten daher dem Depositar gegenüber als solche, deren Existenz ungewiß ist.

Wer gegen die Erben einer Person eine Klage zu erheben hat, kümmert sich, zunächst nur um die gesetzlichen Erben, d. h. die ehelichen Blutsverwandten des Erblassers. Erfährt er solche, so sind diese genügend passiv legitimirt, L.R.S. 729, und er braucht nicht zu fragen, ob etwa noch unbekannte Erbnehmer oder Erbfolger vorhanden sind. Marcadé ad Art. 724. Wenn solche existiren, so ist es Sache des belangten Erben, sich darauf zu berufen und so dem Kläger möglich zu machen gegen dieselben seine Klage zu richten.

Die belangten gesetzlichen Erben können sich nemlich nicht damit schützen, daß sie die Behauptung hinwerfen, es könnten auch nähere Erben, Erbfolger und Erbnehmer da sein; wenn diese Einwendung zulässig und erheblich sein soll, so sind bestimmte Personen als solche zu bezeichnen, oder wenigstens eine derselben, welche, wenn sie Miterben hat, ebenmäßig die exceptio plurium litis consortium vorschützt.

Es genügt daher die Anführung des gesetzlichen Erben, wenn er einmal den behaupteten Verwandtschaftsgrad zugesteht, er sei nicht Erbe geworden, sondern andere Personen, nicht. Diese Behauptung enthält nemlich nicht ein Läugnen des Klagegrundes, sondern — da das Gesetz dem spezifisch deutschen Grundsatze des Gesammteigenthums der Familie an dem Vermögen folgend — im Gegensatze zum römischen Rechte, welches nur die Disposition des Erblassers über das Vermögen als Regel anerkennt — die ehelichen Blutsverwandten ein und für allemal als Erben erklärt, eine Einrede, welche die gesetzliche Präsumtion zerstört und als solche thatsächlich unter Anführung des Namens der Erben ꝛc. ꝛc. zu begründen ist.

Verhält sich dies aber so, dann wird auch angenommen werden müssen, daß umgekehrt, in unserm Falle die Amortisationskasse, wenn sie zugäbe, daß die belangten Personen Geschwisterkinder ꝛc. des Erblassers sind, sich von der Rückzahlungspflicht nicht frei machen kann, indem sie sagt, es sei ihr unbekannt ob diese Personen Erben des Cersberr, oder ob sie dessen Erben alle seien, und ob sie die Erbschaft angetreten haben. Sie muß vielmehr, wenn sie sich dieser Verbindlichkeit entledigen, oder sie mindern will, angeben und nöthigenfalls beweisen, wer die Rechtsfolger seien, und beziehungsweise wer außer diesen Erben noch ein solcher sei. *)

(Vaker, exceptio plurium litis consortium S. 32. 33 Aueg. 1842.)

*) Wer als Verwandter einer gestorbenen Person, und daher als ihr Erbe belangt wird, hat außer den das Rechtsverhältniß selbst betreffenden Einreden nur folgende:

1) Die dilatorische, er habe die ihn verbindende Erklärung, Erbe bleiben zu wollen, noch nicht gethan. L.R.S. 775. 790 f. Arg. 877.

2) Er habe erklärt, nicht Erbe bleiben zu wollen (auf die Erbschaft verzichtet), oder aber, er sei

Kann aber die Amortisationskasse durch dieses Vorbringen ihre Pflicht den belangenden gesetzlichen Erben gegenüber

3) durch andere Personen, welche nähere gesetzliche Erben gewesen, ausgeschlossen worden, oder

4) er habe an Erbnehmer Besitz und Gewähr der Verlassenschaft übergeben, beziehungsweise es sei der Fall des L.R.S. 1006 vorhanden. Endlich

5) er habe noch Miterben (exceptio plurium litis consortium).

Alle diese Thatsachen und der belangte gesetzliche Erbe im Widerspruchsfalle beweisen, selbst die Ersteren, d. h. daß ihm die Fristen zum Erbverzeichniß noch laufen, oder daß er Verlängerung dieser Frist nachgesucht muß erhalten habe, und nur repektando dahin der Kläger anzuführen, daß bereits eine Thatsache eingetreten sei, welche den Erben als solchen ausschließe.

Denn nachdem das Gesetz alle ehelichen Blutsverwandten mit der Wirkung als Erben einer gestorbenen Person erkürt, daß sie, mit deren Tode in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft treten, genügt die einfache Bezeichnung einer Person als in einem erbfähigen Grade verwandt, um gegen sie, z. B. eine Schuld des Erblassers einzuklagen. (Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts, Ausgabe von 1837 §. 609.) Es gehört also zur Klagebegründung, z. B. nicht die Behauptung, daß Jemand die Erbschaft angenommen habe, außer etwa wenn Minderjährige als Erben belangt werden. (L.R.S. 776.) Es gehört auch ferner nicht zur Klagebegründung, daß Jemand der nächste, oder einzige Erbe sei, weil das Gesetz nicht nur die nächsten, sondern überhaupt alle ehelichen Blutsverwandten bis zu einem bestimmten Grade zur Erbschaft beruft. (Zachariä, loc. cit. §. 66 und 67.) Umgekehrt, wer als Verwandter und gesetzlicher Erbe eine dem Erblasser zustehende Klage anstellt, hat richtigen Grundsätzen nach vom Beklagten nicht den Widerspruch oder die Einwendung, er sei gar nicht Erbe geworden und dann Beweisauflage, daraus zu schließen, daß er die Erbschaft ausgeschlagen habe, denn das Gesetz setzt, welches für seine Erbqualität eine Vermuthung aufstellt, befreit ihn von dieser Beweislast, und an dem Belangten ist es, eine Thatsache zu behaupten, wodurch diese gesetzliche Disposition im vorliegenden Falle aufgehoben wurde, oder wornach dem Erben zur Zeit noch nicht oder nicht allein, die Ausübung der Rechte des Erblassers zustände. (Zachariä, loc. cit.) Von diesem Gesichtspunkte aus dürfte daher auch die Beweisauflage des Antsgerichtes Beachtsal nicht zu vertheidigen sein. Es könnte allerdings hart erscheinen, daß Jemand das Recht haben sollte, irgend eine Person als Verwandten einer andern mit irgend einer Klage zu belangen (während die vorliegende Person möglicherweise von der Existenz dieses Verwandten gar nichts gewußt oder vom Tode desselben keine Kenntniß hatte, als Erben eines Verwandten, der vielleicht von ganz andern ihm unbekannten Personen wirklich beerbt wurde), und daß der Belangte jedoch, um sich von dieser Klage zu befreien, sich auch dem Dasein der wirklichen Erben entwinden, und daß sie es geworden seien, beweisen müßte.

Allein es liegt darin keine Härte. Denn abgesehen davon, daß der Kläger die Verwandtschaft und den Tod der als Erblasser und Schuldner bezeichneten Person, damit also den Grundsatz auf Beobachtung zu beweisen hätte, stände es ihm nicht nur 30 Jahre lang, nicht tretitren, so kann sie es ebensowenig gegen die, welche an ihre Stelle getreten zu sein behaupten. Die Amortisationskasse könnte also auch den Heid'schen Erben gegenüber nur dann mit Grund sich frei machen, wenn sie eine Thatsache anführen und beweisen würde, welche die behauptete Erbqualität der belangten Personen ausbebe. *) Sollen aber diese Personen der Amortisationskasse gegenüber als Erben, so haben sie, und also auch die Heid'schen Erben nicht das Recht, andere, unbekannte Erben aus praejudicio praeclusi zur Geltendmachung ihrer Rechte an jene aufzufordern, und weil eine solche Aufforderung ganz wirkungslos für den Aufforderer wäre, so hat auch die Amortisationscasse kein Interesse, eine solche zu veranlassen, und die genannten Erben kein Recht, sie auf die Einwendungen der Amortisationskasse zu stützen.

II. Die Kläger haben kein Interesse an der begehrten Aufforderung.

Es wurde bei den bisherigen Ausführungen immer außer Acht gelassen, was §. 741 der Pr.O. bestimmt. Dieser §. sagt nämlich, daß die nicht geltend gemachten Ansprüche nur dem neuen Erwerber, nicht aber auch dem Aufforderer gegenüber für erloschen erklärt werden. Wenden wir diese Bestimmung auf unsern Fall an, so ergibt sich einfach das Resultat, daß die öffentliche Aufforderung von den H'schen Erben nicht angehen kann, und daß sie von der Amortisationscasse ausgegangen — wenn von

vom Todestage an gerechnet, fort, auf die Erbschaft dieses Verwandten zu verzichten, sondern auch zum denselben inventiren, anzuerben, den Gläubiger vorerst an der Verfolgung seiner Ansprüche gegen das Vermögen des Beklagten Erben zu hindern, und diese auf das Vermögen des Erblassers, wie in unserm Falle, zu beschränken.

Mercade explications. Paris 1855, ad art. 778. 773. expl. II. arg. expl. II. ad art. 789.

— et ce est inconvenient sérieux, en tout cas grandement modifié par le bénéfice d'inventaire que l'heritier pourrait toujours réclamer.

— cet héritier peut toujours venir dire qu'il accepte bénéficiairement, qu'il n'arrive pas de delai fatale dans lequel le bénéfice d'inventaire doit être réclamé par l'heritier.

*) Die Amortisationskasse hat das Recht zu einer solchen Einrede trotz des schweigenden Zugeständnisses der belangten gesetzlichen Erben, weil durch jenes Geständniß die Thatsache des Erbsgewerdens seine nur relativ, d. h. zwischen der streitenden Theilen (H. B'schen Erben und den erwähnten Personen), feineswegs aber objectiv festgestellt ist. Die H. H'schen Erben bedürfen auch zu ihrer Klage gegen die Amortisationskasse jenes Zugeständniß nicht, da sie für sie die gesetzliche Präsumtion so lange spricht, bis der Gegner eine sie zerstörende Thatsache geltend macht.

Digitized by Google

eines wirklichen „Sache" hier die Rede wäre, wegen welcher Gewährleistung gefordert werden könnte — dieser gar nichts nutzen würde, weil sie dennoch die ganze Dauer der Verjährungszeit hindurch verbastet bliebe.

Im vorliegenden Falle bliebe aber der Amortisationscasse als Aufforderin diese Haftpflicht nicht, denn nachdem sich auf ihre Aufforderung keine näher berechtigten Erben gemeldet, war sie berechtigt, die gesetzlichen Erben als einzige anzusehen und ihnen die Schuld des Erblassers rückzuzahlen. Es trifft sie bei einer solchen Verfahrungsweise gewiß kein Verschulden, und mit der Bezahlung an die gesetzlichen Erben müßte sie allen nachkommenden gegenüber liberirt sein. *)

Wenn aber nun das großh. Hofgericht annimmt, die Kläger hätten ein Interesse sich und die Amortisationscasse gegen etwaige spätere Ansprüche sicher zu stellen, weil die etwa sich meldenden Erben Einsprache gegen die Vollstreckung, oder auch noch später gegen sie Ansprüche erheben könnten, so stehen dieser Annahme nicht geringe Bedenken entgegen. Denn

1) haben etwa sich meldende Cersberr'sche Erben oder Erbfolger gar kein Recht Einsprache zu erheben, und zwar einfach deßhalb, weil nicht gegen sie oder die Amortisationscasse (ihren Schuldner), sondern gegen bereits belangte Cersberr'sche Erben Vollstreckung verfügt wurde, der Gegenstand dieser Vollstreckung aber eine Forderung ist, welche die belangten Cersberr'schen Erben, wenn sie solche sind, an die Amortisationscasse haben, und zwar eine Forderung, welche nicht auf Herausgabe eines individuell bestimmten Gegenstandes, sondern auf eine Summe Geldes von allerdings bestimmtem Betrage geht.

Das Recht der Einsprache kommt aber nach §. 1039 nur demjenigen zu

a) der auf eine Sache, welche Vollstreckungsgegenstand geworden ist, Eigenthums- oder andere dingliche Rechte hat; dabei versteht es sich nach L.R.S. 2279 von selbst, daß eine bewegliche Sache vom Einsprachekläger nicht in dritte Hand verfolgt werden kann, daß vielmehr eine Einsprache nur so lange zulässig ist, als sie im juristischen Besitze dessen ist, von dem sie der Berechtigte mit der Vertragsklage oder der condictio sine causa oder ex injusta causa zurückverlangen kann. Nun ist aber die Forderung, welche etwa sich meldende Erben an die Amortisationscasse hätten, nicht nur keine Sache an der eine solche vindicatio möglich wäre, sondern diese Forderung bestände nur an die Amortisationscasse, wie könnte sie also aus dem Vollstreckungsverfahren gegen die belangten Erben mittels Einsprache vindicirt werden, sie, die nur gegen den Schuldner, nie gegen Dritte verfolgt werden kann;

b) wer darzuthun vermag, daß zur Befriedigung seiner Ansprüche keine greifbaren Vermögenstheile da sind. Wenn daher die sich etwa meldenden Cersberr'schen Erben eine solche Einsprache erheben wollten, so müßten sie nicht nur Ansprüche gegen die bisher belangten Personen behaupten können, sondern es müßte auch sogleich klar sein, daß zur Befriedigung ihrer Ansprüche keine ergreifbaren Vermögenstheile der belangten Personen vorhanden wären. (Schl. f.)

*) Die öffentliche Aufforderung hat nur da einen Sinn, wo der Käufer (oder sonstige Singularsuccessor) einer Sache in Bezug auf sie von dritten Personen dingliche oder Pfandansprüche zu fürchten hat, ohne daß doch solche bekannt sind. Um diese auf einmal dem neuen Erwerber gegenüber abzuschneiden, fordert der Veräußerer zur Seitenwachung auf, da sonst alle derartigen Rechte nicht mehr gegen die Sache, sondern lediglich gegen ihn geltend gemacht werden könnten. §. 736. 741.

Die Frage ist nun für unsern Fall einfach die: hätten etwaige Cersberr'sche Erben auf Grund ihrer Eigenschaft als Erben des präsumtiven Hinterlegers irgend eine Klage auf gänzlichen oder theilweisen Ersatz gegen die B'schen Erben, wenn diesen die Amortisationskasse die bei ihr hinterlegten Gelder ausbezahlt hätte?

Es würde sich schwerlich ein Klagegrund ausfindig machen lassen, da die actio de dolo oder eine Klage auf Grund der L.R.S. 1166 und 1167 hier undenkbar ist.

Mit dieser Antwort auf obige Frage fällt aber nicht nur für die B'schen Erben, sondern auch für die Amortisationskasse alles Interesse an der intendirten Aufforderung hinweg.

Wenn nun aber dennoch weiter oben darauf hingewiesen wurde, daß eine öffentliche Aufforderung etwa Sache der Amortisationskasse wäre, so scheint mir dies mit dem hier Gesagten nicht unverträglich, nur wäre eben diese Aufforderung nicht gerade auf §. 736 der P.O. zu gründen, sondern anders prozessualisch zu construiren.

Sie wäre vielleicht als eine Art von Beiladung von solchen unbekannten Personen zu betrachten, die allein in Stande wären, Prozeßhandlungen für die Beklagte vorzunehmen, z. B. die ihr zustehenden Einreden zu begründen und zu beweisen. Dies wäre eine Beiladung, welche nicht unähnlich der des gemeinen Rechtes zu einer Hauptintervention führen könnte, jedenfalls aber den Zweck hätte, das Urtheil auch gegen die öffentlich beigeladenen unbekannten Erben wirksam zu machen. Ob dem §. 113 der P.O. eine solche Anwendung nicht direkt widersprechen würde, oder ob sie sich mit dem Vorsatze vereinigen ließe, wage ich bei der anerkannten Unklarheit, welche in dem Institut der Beiladung — auch auf heimischem Boden — herrscht, nicht zu entscheiden.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 48.

I.

Ist das Aufforderungsverfahren des §. 736 der P.O. bei mangelndem rechtlichen Interesse statthaft, und was versteht man unter rechtlichem Interesse?

(Schluß.)

Es ließe sich nun zwar denken, daß es den sich meldenden Erben etwa gelänge, solche Ansprüche ausfindig zu machen, und daß sie auch die letztgenannte Nachweisung beibrächten, allein dies kann das großh. Hofgericht unmöglich im Auge gehabt haben, es setzte voraus, daß jene Erben die Erbschaft angetreten und diesen entzogen hätten, was überall nicht der Fall wäre. Gäbe es aber auch solche Erben, die eine Einsprache auf Grund des §. 1039 der Pr.O. Abs. 2 geltend machen wollten, so leidet doch

2) das gewiß keinen Zweifel, daß die Kläger kein Interesse daran haben, durch eine öffentliche Aufforderung eine solche hervorzurufen, um zu erfahren, ob etwa andere Personen Lust haben, ihnen die Befriedigungsmittel vorweg zu nehmen oder zu schmälern. Denn nachdem sie die Zuweisung erlangt, müßten sie in jedem Falle eine Einsprache auf jede mögliche Weise zu verhindern suchen, um die Auszahlung des zugewiesenen Betrags nicht verzögert, oder hintertrieben zu sehen, obgleich eine solche, wenn auf Grund des §. 1039 Abs. 2 Einsprache erhoben werden wollte, rechtlich gar nicht mehr stattfinden könnte. Wollte aber auf Grund des Abs. 1 jenes §. Einsprache erhoben werden — eine solche ist, wie gezeigt, nicht denkbar, — so hätten die Kläger gleichfalls allen Grund, eine solche zu verhüten, denn sie ist ihnen nur vor der Auszahlung schädlich, nachher können sie gestützt auf §. 1040 ihr ganz getrost entgegensehen. Als Resultat ergibt sich daher: die Einsprache, welche den Aufforderungsklägern noch schaden könnte (Abs. 1) ist nicht denkbar, wäre sie aber möglich, so hätten sie allen Grund, sie, statt zu provoziren, zu verhindern. Die allein noch denkbare Einsprache aber ist nach der erfolgten Zuweisung nicht mehr statthaft (§. 1039 Abs. 2. 1040. 1041), und die Kläger haben ja bereits Zuweisung erlangt!

Eine Aufforderung wegen besorgter Einsprache hätte also gar keinen Sinn und wäre vollkommen zweckwidrig. Jedenfalls ist es aber etwas schwer einzusehen wie

3) diese von den Klägern ausgehende öffentliche Aufforderung auch die Amortisationscasse sicher stellen soll. Denn selbst, wenn der L.R.S. 1351 nicht vorhanden wäre, läge es auf der Hand, daß auch nach dem von den H.'schen Erben erlangten Ausschlußerkenntnisse etwa noch vorhandene Cersberr'sche Erben auf das hinterlegt gewesene Geld Ansprüche erheben könnten, und daß, weil der Amortisationscasse daraus keine Vertheidigung erwachsen könnte, daß sie die Zahlung an die H.'schen Erben vorschützte (wenn nämlich die beklagten Personen keine, oder nicht alle Cersberr'sche Erben wären) dieselbe auch nicht des im Verlaufe des Streites mit diesen erwirkte Ausschlußerkenntniß jenen gegenüber halten könnte. Jene würden sich mit Recht darauf berufen, daß gegen sie weder Beschlag noch Zuweisung verfügt gewesen, und daß daher auch die Amortisationscasse nicht befugt war, wirksam für sie zu zahlen, da ein Ausschlußerkenntniß in diesem Verfahren weder Urtheil noch Beschlag und Zuweisung ersetzen könne.

Aus dem Gesagten dürfte nun zur Genüge hervorgehen, daß zu einer Aufforderung, wie sie der Kläger begehrt, weder Veranlassung noch Grund vorhanden ist. Ebenso klar ist auch, daß die unbegründeten Ausstellungen der Amortisationscasse das mangelnde Interesse nicht ersetzen können, nur die eine Frage ließe sich noch aufwerfen, ob für die Kläger denn das gefordertе Interesse vor-

Digitized by Google

handen wäre, wenn sie sich durch ein rechtskräftiges Erkenntniß in einer Zwangslage befänden, die ihnen nur diesen Ausweg ließe, was aber hier nicht vorliegt, da das Beweiserkenntniß des großh. Amtsgerichts Bruchsal der Rechtskraft nicht empfänglich ist.

II.

1) **Die Mitglieder eines Pfandgerichts sind für jeden Fehler verantwortlich, welchen sie sich bei Fertigung des ihnen nach §. 26 II. Einf.-Edikts Abs. 6 obliegenden Eintrags in das Pfandbuch haben zu Schulden kommen lassen.**
2) **Die Unterzeichner des irrigen Eintrags sind jenen Mitgliedern des Pfandgerichts schadenersatzpflichtig, welche einen wortgetreuen Auszug dieses Eintrags unterschrieben haben, und wegen Ausstellung irrigen Zeugnisses nach L.R.S. 2127a zum Ersatze eines daraus dem Pfandgläubiger zugegangenen Schadens verurtheilt worden sind.**
3) **Diese (verurtheilten) Pfandgerichtsmitglieder können die Unterzeichner des irrigen Eintrags schon auf den Grund des gegen sie ergangenen Urtheils belangen, auch wenn sie den klagenden Pfandgläubiger noch nicht bezahlt haben.**

L.R.S. 1216. 2025. 2032.

Im Jahre 1846 beabsichtigten die Walter'schen Eheleute in Rastatt ihre Liegenschaften zu verpfänden, um ein verzinsliches Darlehen von 6800 fl. aufzunehmen. Sie erschienen deßhalb vor dem Pfandgerichte, und die Mitglieder desselben, eilf an der Zahl, erwirkten nach Vorschrift des Abs. 6 des §. 26 II. Einf.-Ed. den Eintrag in das Pfandbuch über die Belastung, beziehungsweise Nichtbelastung der zu verpfändenden Liegenschaften. Diesen Eintrag unterzeichneten sämmtliche Mitglieder des Pfandgerichts mit dem Beisatze: Alles unter unserer Gewährschaft und Verantwortlichkeit. Die dem Eintrag vorangegangene Untersuchung war jedoch mangelhaft, da zwei Pfandeinträge, zu Gunsten der Kaufleute Wormser und Rosenthal, in dem Eintrage nicht berücksichtigt worden waren. Es wurde von dem Eintrage ein wortgetreuer Auszug gefertigt, und von den Unterzeichnern des Eintrags, mit Ausnahme zweier (Abele und Schöttle) unterschrieben. Darauf hin ließen die Walter'schen Eheleute eine Pfandverschreibung fertigen, gegen welche sie von der Sander'schen Vormundschaft ein verzinsliches Darlehen von 6800 fl. erhielten.

Es währte nicht lange, so geriethen die Walter'schen Eheleute in Gant. Die Sander'sche Vormundschaft, aber auch Wormser und Rosenthal liquidirten ihre Forderungen, und letztere gingen in dem Gantantheile den Sander'schen Kindern vor, so daß diese einen sehr beträchtlichen Verlust erlitten. Sie belangten nun auf den Grund des L.R.S. 2127a die Unterzeichner des irrigen (der Pfandforderungen des Wormser und Rosenthal nicht gedenkenden) Zeugnisses (des Auszugs aus dem Pfandbuche) auf Schadenersatz. Aus dem daraus entstandenen Rechtsstreite sei hier erwähnt, daß die Beklagten den Pfandgerichtsmitgliedern Abele und Schöttle, welche zwar den Eintrag, nicht aber den Auszug unterschrieben hatten, sofort den Streit verkündeten, welche aber demselben nicht beitraten; daß die Sander'schen Kinder zwar nicht vollständig aber doch soweit mit ihrem Klagbegehren durchdrangen, daß die Unterzeichner des Zeugnisses zur Zahlung einer Entschädigung von 1832 fl. 50 kr. nebst Zinsen und Kosten unter sammtverbindlicher Haftbarkeit im ersten Rechtszuge verurtheilt wurden.

Gegen dieses Erkenntniß appellirten beide Theile. Es kam jedoch ein Vergleich dahin zu Stande, daß die Beklagten den Sander'schen Kindern eine Entschädigung von nur 1700 fl. zu zahlen sich sammtverbindlich erklärten, und jeder Theil seine Kosten auf sich behielt.

Nun begehrten diese Mitglieder des Pfandgerichts von Abele und Schöttle, daß auch sie sich an dieser Verpflichtung in gleicher Weise betheiligen, und belangten dieselben, als sie sich dessen weigerten. Sie stützten ihre Klage (deren Begehren bezüglich der Entschädigung übrigens nur dahin ging, daß der Ersatz des Schadens an die Sander'schen Kinder zu leisten sei), theils auf die Mitunterzeichnung des irrigen Eintrags in das Pfandbuch, theils auf eine behauptete Uebereinkunft mit Abele und Schöttle. Die letztere soll hier nicht weiter in Betracht kommen.

Der Unterrichter wies die Klage ab. Er motivirte sein Urtheil mit folgenden Worten:

„Da die Klage selbst angibt, daß die an die Stelle der Urtheilssumme getretene Vergleichssumme den Sander'schen Kindern noch zu zahlen sei, so kann nur die von den Klägern behauptete und beklagterseits zugestandene

Digitized by Google

Verurtheilung, als solches weiteres Moment gemeint und geltend gemacht sein. Eine selbstständige Klage auf Schadenersatz steht dem einen Theil hier gegen den andern nicht zu. Er kann in dieser Beziehung nur Namens des Beschädigten (Gläubigers) auftreten, Letzteres jedoch nicht schon auf erfolgte Verurtheilung zur Zahlung an diesen, und wenn auch das Urtheil auf den Antheil der übrigen Theilnehmer geht, sondern erst durch die Zahlung selbst ist und wird der Eintritt in die Rechte des Gläubigers bewirkt. L.R.S. 1251 [2]. Nach dem eigenen Vortrage der Klage ist die Zahlung noch nicht erfolgt. — —"

Das mittelrheinische Hofgericht hat dieses Urtheil abgeändert und die Beklagten Abele und Schöttle verurtheilt, den den Sander'schen Kindern zugegangenen und durch Vergleich auf 1700 fl. festgesetzten Schaden mit den Klägern gemeinschaftlich und zu gleichen Theilen, also zunächst Jeder $^1/_3$ von 1700 fl. und im Falle der Unbeibringlichkeit des einen oder andern Schuldentheils in der sich hiernach vergrößernden Quote zu ersetzen.

Die

Entscheidungsgründe

hiezu lauten:

„§. 26 des II. Einf.-Ed. ordnet an, auf welche Art und Weise ein bedungenes Unterpfand zu Stande kommen soll. Er legt vor Allem der Pfandschreiberei die Pflicht auf, die in L.R.S. 2148 erwähnten Verhältnisse des Schuldners zu untersuchen, insbesondere auch, ob das Unterpfand schon mit Pfandlasten beschwert sei, und das Ergebniß dieser Untersuchung, sowie den Werth der zu verpfändenden Liegenschaften in das Pfandbuch einzutragen. Hat nun die aus den Mitgliedern des Pfandgerichts bestehende Pfandschreiberei, sei es aus Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, bereits eingeschriebene Pfandlasten nicht in diesem Eintrage in das Pfandbuch bemerkt, so hat sie sich dadurch einer Verletzung dieser ihrer dienstlichen Obliegenheiten schuldig gemacht. Solche Vergehen oder Versehen verpflichten alle diejenigen, welche daran Theil genommen haben, zum sammtverbindlichen Ersatze allen Schadens, welcher durch diese ihre, sei es auch nur auf Nachlässigkeit beruhende Dienstwidrigkeit entsteht. L.R.S. 1382. 1383. 2202. §. 26 II. Einf.-Ed. Nach L.R.S. 1213. 1214 ist eine Verbindlichkeit mehrerer Sammtschuldner unter diesen Schuldnern kraft Gesetzes getheilt: und wenn einer der Sammtschuldner zahlungsunfähig wird, so ist der dadurch entstehende Verlust unter den zahlungsfähigen Schuldnern verhältnißmäßig zu theilen.

Die Auslassung der in dem Pfandbuche eingeschriebenen Pfandrechte des Wormser und Rosenthal in dem behufs der Sander'schen Pfandurkunde bewirkten Eintrage in das Pfandbuch ist nun mindestens ein Versehen der gedachten Art im Sinne der L.R.S. 1383. 2202. Es verpflichtet daher auch zum sammtverbindlichen Schadenersatze alle diejenigen, aus deren Nachlässigkeit es entstanden ist, wenn dieses Versehen einen Schaden hervorrief. Die vorliegende Klage muß daher als begründet erscheinen, sobald nachgewiesen ist, daß dieses Versehen auch zugleich die wirkende Ursache desjenigen Schadens ist, welchen die jetzigen Kläger in Folge des Vergleichs mit den Sander'schen Kindern durch die Uebernahme einer Zahlung von 1700 fl. zu tragen verpflichtet sind.

Es kann bei dieser Untersuchung die Frage außer Erörterung bleiben, ob die Sander'schen Kinder, welche durch die Unrichtigkeit des ihnen ausgestellten Zeugnisses getäuscht, den Pfandvertrag mit den Walter'schen Eheleuten eingegangen sind, und dadurch den erwähnten Schaden erlitten haben, auch die jetzigen Beklagten auf Schadenersatz hätten belangen können, während ihnen nach L.R.S. 2197 die Unterzeichner des unrichtigen Zeugnisses als diejenigen zugewiesen sind, welche für die Fehler desselben die Verantwortlichkeit zu tragen haben. So viel bleibt aber gewiß, daß die Unrichtigkeit des Zeugnisses nicht hätte vorhanden sein können, wenn nicht der Eintrag in das Pfandbuch selbst unrichtig gewesen wäre. Denn das Zeugniß darf nur eine „urkundliche Abschrift" dieses Eintrags sein, was §. 26 II. Einf.-Ed. ausdrücklich verlangt. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Zeugnisses ist daher eine nothwendige Folge der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Eintrags. Entsteht somit aus der Unrichtigkeit des Zeugnisses ein Schaden, so wurzelt dieser Schaden in der Unrichtigkeit des Eintrags selbst, und der Schaden entsteht daher eigentlich allein aus der Schuld derer, welche die Fehlerhaftigkeit des Eintrags zu verantworten haben. Die jetzigen Kläger haben nun mit Abele und Schöttle den Eintrag in das Pfandbuch unterzeichnet. Alle zusammen sind daher auch verpflichtet, diesen Schaden gemeinsam zu tragen, der in Folge ihrer Nachlässigkeit aus der Unrichtigkeit des Eintrags und damit aus der des Zeugnisses entstanden ist, als gemeinsame Genossen derselben Schuld. Die richterliche Anerkennung dieser Verpflichtung der Beklagten war der Zweck der jetzt erhobe-

Digitized by Google

nen Klage." — „Zu einem solchen Begehren waren die Kläger ohne Rücksicht darauf, ob sie schon gezahlt hatten oder nicht, nach L.R.S. 1251 in Verbindung mit § 278 Pr.O. vollkommen berechtigt."

Folgt nun die weitere Ausführung, daß der von den Klägern mit den Sauder'schen Kindern abgeschlossene Vergleich ihrer Forderung an die Beklagten nicht im Wege stehe, da ja, wenn die Kläger es bei dem ersten Erkenntnisse, welches sie zu der höheren Summe von 1832 fl. 50 kr. nebst Zinsen und Kosten verurtheilte, hätten bewenden lassen, sie in Folge der Streitverkündung nach §. 107 Pr.O. zum Rückgriffe berechtigt gewesen wären.

Gegen dieses hofgerichtliche Erkenntniß ergriffen Abele und Schütte die Oberberufung. Das hofgerichtliche Urtheil wurde aber von dem höchsten Gerichtshofe bestätigt. Es lauten die

Oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

„Der Klage auf Zahlung an einer von beiden Theilen übernommenen, gegen die Kläger jedoch allein ausgeklagten Sammtschuld wird von Seite der Beklagten unter Anderem auch entgegengehalten, daß die Kläger zur Klageerhebung nicht eher berechtigt seien, als bis sie selbst an den gemeinschaftlichen Gläubiger Zahlung geleistet hätten, und in deren Rechte eingewiesen worden seien. — Diese Einwendung ist jedoch unbegründet, denn das gegenseitige Verhältniß mehrerer Sammtschuldner ist — soweit einer derselben mehr als seinen Antheil bezahlt — den andern gegenüber jenes von Bürgen, von welchen die auf Zahlung der Sammtschuld auch blos gerichtlich Belangten befugt sind, gegen die Mitbürgen als Schuldner ihres Antheils auf Schadloshaltung zu klagen. L.R.S. 1216. 2025. 2032. Die erhobene Klage erscheint somit als statthaft." —

Im Uebrigen wurde sich auf die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bezogen.

Ottendorff.

III.

Unterschlagung? Betrug?

St.G.B. §§. 400. 450. 452. 455.

Beschränkung der Strafverfolgung. §. 456.

Rechtsfall.

Seifensieder M... bezog seine Soda von Kaufmann Paas in Cöln. Er glaubte Ursache zu haben, über die schlechte Beschaffenheit der ihm übersendeten Waaren zu klagen.

Auf Bestellung erhielt er im Juni 1857 wieder zwei Fässer mit 1862 Pfd. Soda, welche in der gleichzeitig ihm zugegangenen Factura zu 195 fl. 30 kr. berechnet waren. Auch jetzt behauptete M..., daß ihm schlechte Waare geliefert worden sei. Er stellte die erhaltene Soda jedoch ohne die gesetzlichen Vorschriften des L.R.S. 1648, H.R.S. 92 ae, af zu beobachten, dem Absender Paas zur Verfügung, welcher sie dadurch wieder annahm, daß er sie dem C., einem andern Seifensieder, verkaufte. Dieser nahm eine Untersuchung der Soda vor, wobei es sich ergab, daß dieselbe stark mit Kalk gemischt war. Es wurde daher die Waare wiederholt dem Paas zur Verfügung gestellt. M..., welcher erfahren haben mochte, daß die Sache bereits bei Gericht bekannt geworden war, und ihm eine Untersuchung drohte, beeilte sich, mit Paas sich zu verständigen, welches ihm auch so vollständig gelang, daß Paas die beiden Fässer Soda von dem Seifensieder C. zurücknahm, sich durch M... für befriedigt erklärte, und gegen diesen die Einleitung einer Untersuchung nicht verlangte.

Eine solche war indessen in Folge der von C. vorgenommenen Untersuchung, und darauf hin erfolgten Anzeige bereits eingeleitet worden. Sie hatte das Ergebniß, daß Seifensieder M..., nachdem er die Soda empfangen hatte, solche aus den Fässern herausnahm, etwa sechs Zentner davon entfernte, welche er in sein Geschäft verwendete, und die übrige Soda mit drei Zentner Kalk mischte. Nachdem dieß geschehen war, wurde die so verfälschte Waare in die beiden Fässer zurückgebracht, und wurden solche wieder zugeschlagen.

In diesem Zustande hatte denn M... die beiden Fässer mit der verfälschten Soda dem Seifensieder C. auf Weisung des Paas überliefert. Ungeachtet der Erklärung des Letzteren, daß er eine Untersuchung nicht begehre, wurde solche gleichwohl beendigt, und dem mittelrheinischen Hofgerichte zur Entscheidung vorgelegt. Bei der darüber gepflogenen Berathung erhoben sich die Fragen:

1) ob hier der Thatbestand einer Unterschlagung oder eines Betruges vorliege? und

2) ob C. zur Anzeige als Beschädigter befugt gewesen sei? und da dieß verneint werden mußte, ob in diesem Falle überhaupt eine Anzeige zur Einleitung nothwendig gewesen sei?

Digitized by Google

Der Gerichtshof entschied, und zwar einstimmig, daß Seifensieder M... des Betrugs zum Nachtheile des Handlungshauses Paas in Cöln für schuldig zu erklären sei.

Die Entscheidungsgründe über den rechtlichen Theil dieses Straffalles lauten:

— — — „Was dessen (des obengedachten Vergehens) strafrechtliche Bezeichnung betrifft, so könnte es zwar im Hinblick auf Str.G.B. §. 400 als eine Unterschlagung insofern aufgefaßt werden, als der angeschuldigte Gg. M..., welcher die erhaltene Soda wegen angeblicher Mängel dem Fr. W. Paas zur Verfügung gestellt hatte, sich dadurch handelsrechtlich verpflichtete, die Waare in unversehrtem Zustande zu bewahren, beziehungsweise sie ebenso zurückzuliefern, gleichwohl aber von der ihm stillschweigend anvertrauten Waare einen Theil, nämlich 6 Zentner, in der Absicht sich zueignete, sie dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen. In gleicher Weise treffen aber auch die in Str.G.B. §. 450 festgesetzten Merkmale des Betrugs hier zu; denn Gg. M... hat sich durch seine Verfälschung der Soda, die hier als Fälschung im strafrechtlichen Sinne freilich nicht in Betracht kömmt, doch eine arglistige Entstellung der Wahrheit erlaubt, indem er dem Fr. W. Paas vorspiegelte, als ob die Waare schon in fehlerhafter Beschaffenheit abgesendet worden und bei ihm angekommen wäre, während diese doch nur durch seine eigene widerrechtliche Handlungsweise herbeigeführt worden war. Er verletzte dabei eine besondere Rechtspflicht, indem er verbunden war, nicht nur für unversehrte Erhaltung der Soda Sorge zu tragen, sondern auch lediglich den wahren Sachverhalt über deren Ankunft und Beschaffenheit dem Verkender anzuzeigen. Obwohl er nun wußte, daß der einzige Grund, der ihn zur Verfügungsstellung berechtigen konnte, in der mit der Soda vorgenommenen Verfälschung lag, gab er dem Verkäufer doch einen nichtigen an, suchte ihn damit zu täuschen und zu einer das Vermögen desselben beschädigenden Handlung zu verleiten. Dies gelang dem Angeschuldigten auch vollständig, da Fr. W. Paas auf dessen Versicherung, daß er die Waare wegen falscher Beschaffenheit ihm zurückstelle, hierauf einging, und in deren Nichtnahme einwilligte, wodurch aber nicht blos 6 Zentner gute Soda weniger, sondern auch der Rest in geringerer Art in sein Eigenthum zurückgelangen mußten.

In dem Augenblick, als Paas eine Erklärung mit dieser Rechtswirkung abgegeben hatte, war bei ihm der Schaden eingetreten, ohne daß es auf die Zeit seiner Kenntnißnahme von der verübten Fälschung ankommen dürfte und somit der Betrug auf Seite des Angeschuldigten vollendet. Da hiernach die allgemeinen Voraussetzungen zum Begriffe der Vergehen der Unterschlagung oder des Betruges in gleichem Maaße vorhanden sind, so könnte es zweifelhaft sein, welches von ihnen vorliege, wenn nicht die ausdrückliche Bestimmung des Str.G.B. im §. 455 gerade eine solche Handlungsweise als Betrug bestraft wissen wollte. Offenbar kann nämlich nur von einem Betruge in Vertragsverhältnissen die Rede sein. Fr. W. Paas und Gg. M... hatten einen Kaufvertrag mit einander abgeschlossen, dessen Gegenstand fragliche zwei Fässer Soda waren, und gerade als es sich um die Vollziehung dieses Vertrags auf Seite des Gg. M... durch Annahme oder ordnungsmäßige Erhebung eines Erfunds der Waare und deren Verfügungstellung handelte, erlaubte sich dieser dabei die bezeichnete Verfälschung an dem Vertragsgegenstand, sowie die arglistige Entstellung der Wahrheit.

Nun setzt zwar das Str.G.B. in §. 452 beim Betrug in Verträgen gewisse Bedingungen fest, bei deren Eintritt allein die gerichtliche Strafverfolgung gestattet sein soll; die folgenden §§., insbesondere §. 455, enthalten aber davon wieder Ausnahmen, und trifft demgemäß auch denjenigen die Strafe des Betrugs, der einen Anderen dadurch beschädigt, daß er bei Eingehung oder Vollziehung eines Vertrags, der Sache, die er dem Vertrag gemäß zu übergeben oder zurückzuliefern hatte, betrüglich eine andere untergeschoben oder sie in ihrer Beschaffenheit betrüglich verringert hat. All diese strafbaren Handlungen hat sich der Angeschuldigte Gg. M... unzweideutig gegenüber dem Fr. W. Paas erlaubt, und kann es deßhalb keinem ferneren Bedenken unterliegen, daß der Thatbestand dieses Betrugs gegen ihn hergestellt ist.

Einer Anzeige zu dessen gerichtlicher Verfolgung bedurfte es nicht. Nach Str.G.B. §. 456 soll zwar der Betrug in Vertragsverhältnissen nur auf Anzeige des Beschädigten untersucht und bestraft werden, davon aber sind die Fälle ausgenommen, wo eine Einschreitung im öffentlichen Interesse wegen der besonderen Gemeingefährlichkeit des Betrugs geboten erscheint. Als eine solche Ausnahme ist die Ausführung eines Betrugs bei Ausübung eines Gewerbes bezeichnet, da hierdurch der Credit eines Ortes oder einer ganzen Genossenschaft erschüttert

Digitized by Google

werden kann. Sicher ist dies auch bei Gg. M . . . der Fall, denn er hatte nur in Beziehung zu seinem Gewerbe der Seifensiederei, von Fr. W. Paas die Soda bestellt und bezogen, sowie die unterschlagenen 6 Zentner dazu verwendet, und trifft bei seiner Handlungsweise der bezeichnete Grund zu deren Verfolgung von Amtswegen entschieden zu. — O.

IV.

Das Verbrechen der Bestechung ist hinsichtlich des Bestechenden schon mit der Zusage oder dem Anbieten des Geschenkes vollendet.

§. 664 Str.G.B.

So hat das **mittelrheinische** Hofgericht nicht nur in dem in Annalen des laufenden Jahres No. 34 mitgetheilten Falle, sondern auch dessen II. Senat J.U.S. gegen **Höll** von Steinbach und J.U.S. gegen **Herr** von Bühlerthal, erkannt. Diese Auffassung des Gesetzes ist jedoch nicht unbestritten, und es hat die Ansicht von Kettenacker, daß das Verbrechen der Bestechung nur dann vollendet vorliege, wenn der öffentliche Diener die Zusage oder das Geschenk angenommen hat, noch viele Anhänger. Für dessen Ansicht*) spricht auch, daß dasselbe unter dem Titel XLIX. steht, wo nur von den Verbrechen der öffentlichen Diener die Rede ist; daß die Bestechung, wie die übrigen in diesem Titel genannten Vergehen, als ein Amtsverbrechen erscheint, dessen nur der öffentliche Diener fähig ist; daß es dem gemeinen Wortsinne widerstreitet, von einer Bestechung zu sprechen, wo überall kein Bestochener ist, es daher die Natur des Verbrechens selbst mit sich bringt, daß dazu, wenn es vollendet sein soll, der öffentliche Diener durch Annahme des Geschenkes oder des Versprechens mitwirken muß.

Man hat auch die Ansicht aufgestellt, es sei nur ein Wortstreit, ob man das Verbrechen des Bestechenden im einzelnen Falle ein vollendetes oder ein versuchtes nenne, da zuletzt doch allein die Strafe in Betracht komme, welche §. 664 ohne Rücksicht auf die Annahme oder Nichtannahme androhe.

Ich halte die bisher in den mir bekannten Fällen von dem mittelrheinischen Hofgerichte festgehaltene Ansicht für die allein richtige.

§. 664 gebraucht das Wort **Bestechung** für das Verbrechen nicht; und diese Bezeichnung ist in den §§. 662. 663 allein gebraucht. Diese beiden Paragraphen handeln nur von der Annahme des Versprechens oder des Geschenkes. Diese setzt allerdings eine Zusage oder ein Anerbieten voraus; und daraus könnte man schließen, daß der **vollendete** Thatbestand des Vergehens in der Annahme einer Zusage oder eines Anerbietens, wozu also zwei Personen, der Bestechende und der Bestochene, zusammenwirken müssen, bestehe. Allein eine nähere Betrachtung der beiden Paragraphen zeigt, daß diese Schlußfolgerung nicht richtig wäre.

Der Gesetzgeber darf voraussetzen, daß, wer den §. 664 liest, weiß, daß in den beiden vorausgehenden Paragraphen das Vergehen der Bestechung nicht dahin geschildert wird, daß dasselbe in der Hingabe oder Zusage einerseits **und** in der Annahme des Geschenkes oder Versprechens andererseits bestehe, sondern daß diese §§. von dem Verbrechen der Bestechung der öffentlichen (höheren oder niederen) Diener, und **deren** Strafe handeln. Dieß ist ein Verbrechen, welches als solches nur von öffentlichen Dienern begangen werden kann; und es wäre wohl denkbar, daß der Bestechende ganz straflos sei, weil er durch seine Handlung ein Amt nicht kompromittirt, keinerlei Amtsverpflichtung verletzt. Mit Recht sagt daher Mittermaier, daß das Geschenkgeben oder Anbieten ein eigenes Verbrechen sei. So erscheint es auch ganz in dem Wortlaute des §. 664. Es wird das Maximum der Strafe schon dem Anbieten und Versprechen gedroht. Es wird kein Erfolg von dieser Zusage verlangt. Alle Erfordernisse, um die höchste Strafe aussprechen zu können, vereinigen sich daher in dem Anbieten oder Zusagen. Wendet man den §. 105 darauf an, so muß man sagen, daß mit dem Anbieten oder Versprechen das Verbrechen **vollendet** ist.

Die Wahrheit dieses Satzes geht aus Folgendem hervor:

Die §§. 662. 663 enthalten für den **Bestechenden** keine Strafandrohung. Nimmt man an, daß §. 664 nur den **Versuch** mit den darin benannten Strafen be-

*) Auch in dem gemeinen Rechte will man eine Stütze für diese Ansicht finden. Dort war übrigens die Frage ebenfalls nicht unbestritten. So sagt Feuerbach §. 479: „Das Verbrechen ist **vollbracht**, A. von Seite des **Bestechenden** durch das bloße Versprechen oder Anerbieten," und Mittermaier (14. Aufl. von Feuerbachs Lehrbuch Note V. sagt (mit Recht): „Das Verbrechen des Bestechenden ist ein **eigenes**."

drohe, so ist die Vollendung des Vergehens (wenn der öffentliche Diener annimmt) entweder straflos, oder die Vollendung kann nicht höher bestraft werden, als der Versuch. Dies würde aber gegen die Grundregeln der Strafausmessung für vollendete und versuchte Gesetzesübertretungen in §§. 112—116 verstoßen. Ein solches Uebersehen darf man dem Gesetzgeber nicht zutrauen. Dieser Grund zeigt auch, daß es nicht ein Wortstreit ist, ob man das Vergehen des Geschenkanbietens ein vollendetes, oder versuchtes nennt, sondern daß sich daran sehr ernste Folgen knüpfen.

Die Stellung dieses §. 664 mitten in den Amtsvergehen kann in keiner Weise entscheidend sein. Diese Strafandrohung hätte nirgends einen besseren Platz gefunden. Alles was man dem Gesetzgeber etwa vorwerfen kann, ist, daß er den Ausdruck: „der Bestechende" gebraucht, ohne, wie sonst die Handlung zu beschreiben, und sich dadurch einer allzu großen Kürze befleißigt hat. Dadurch ist aber kein Zweifel hervorgerufen, welche Handlung, und von welchem Zeitpunkte an sie strafbar ist.

Ottendorff.

V.

Erörterungen aus dem Gebiet der Strafgesetzgebung.

Krankheit und Arbeitsunfähigkeit, insbesondere bei Kindern. Str.G.B. §. 225. 232.

(Zur Mittheilung in No. 38 S. 297 des XXIV. Jahrg.)

Gegen das hofgerichtliche Straferkenntniß, wodurch Kasper A. wegen im Affekt verübter Körperverletzung der beiden Knaben zu einer Kreisgefängnißstrafe von 4 Wochen verurtheilt wurde, hatte Ersterer den Rekurs ausgeführt.

Auch gab der großh. Untergerichtsarzt eine näher eingehende schriftliche Rechtfertigung seines früheren (kürzeren) Gutachtens zu den Akten. Darin wurde nachzuweisen versucht, daß, wenn auch die meisten im Obergutachten aufgestellten idealen strafgerichtsärztlichen Bestimmungen anzuerkennen seien, nach den Aussagen glaubwürdiger Zeugen, die von größerem Gewicht erschienen, als die der erst nachträglich vernommenen, befangenen und ziemlich beschränkten Mutter des Knaben Abele, und nach der unmittelbaren Wahrnehmung und persönlichen Beobachtung des ganzen Verlaufs der Erscheinungen von Seiten der hierin ziemlich erfahrenen Gerichtsärzte eine erhebliche Störung der normalen körperlichen und geistigen Funktionen bei Abele nicht angenommen werden konnte [1]), daß aber, was die in Frage gezogene Arbeitsunfähigkeit dieses Knaben betrifft, derselbe zur Zeit vermöge seines Alters weder zu einer Arbeit im Allgemeinen anzuhalten war, noch einem Beruf (hier etwa der Schulpflichtigkeit) nachzukommen hatte, und, da er essen, trinken und schlafen und auch, soweit nöthig, obwohl unter einigen Schmerzen, sich bewegen konnte, in seiner Arbeitsfähigkeit keinesfalls gestört war. Zugleich wurde demgemäß die Erhebung eines obersten Gutachtens der großh. Sanitätscommission für wünschenswerth erklärt.

Das großh. Oberhofgericht ging auf diesen Wunsch nicht ein, bestätigte vielmehr am 29. Dezember 1857 das hofgerichtliche Urtheil. In den Entscheidungsgründen sprach sich der höchste Gerichtshof über die Frage der Arbeitsunfähigkeit des Knaben Abele gar nicht [2]), über die Frage der Krankheit aber in sehr entschiedener Weise dahin aus:

„Unter einer Krankheit im Sinne des Strafgesetzes ist nach §. 32 der Wund- und Leichenschauordnung eine erhebliche Störung der normalen, körperlichen oder geistigen Funktionen eines Menschen zu verstehen. Eine solche Störung gab sich aber bei dem Knaben Abele aus den Erscheinungen kund, welche nach der ihm zugefügten Körperverletzung und als Folge derselben von den Amtsgerichtsärzten wahrgenommen wurden. Wird dieses in dem von dem Rekurrenten selbst angerufenen Gutachten des Amtsgerichtsarztes insofern anerkannt, als darin die

---

[1]) Unter Anderem wurde in der untergerichtsärztlichen Rechtfertigung hervorgehoben, daß nach der Angabe jener Zeugen die Kinder sofort nach erhaltenen Schlägen wimmernd nach Hause liefen und weder Gehirnerschütterung noch Erstarrung des Gemeingefühls bei Abele nachweislich vorhanden gewesen sei, blos momentane, sich alsbald wieder von selbst ausgleichende Störungen aber, wie sie namentlich im kindlichen Alter so häufig vorkommen (ja sogar momentane Störungen der wichtigsten Lebensbeziehungen, wie Schwindel, Ohnmacht), schon nach der gewöhnlichen Lebensauffassung nicht als Krankheit bezeichnet werden könnten. In Bezug auf den fieberhaften Zustand des Abele wurde bemerkt, daß die Gerichtsärzte schon am 3. August den Verletzten in ganz erträglichem Zustande, soweit die herrschende Hitze und das im Bette Halten des fieberhaften Knaben gestattet, angetroffen hätten.

[2]) Insofern das Rekursgericht auch ohne Rücksicht auf etwaige Arbeitsunfähigkeit die erkannte Strafe für gerechtfertigt hielt, bedurfte es allerdings einer Entscheidung in Bezug auf diese, dem Zweifel mehr Spielraum bietende, Frage nicht.

Digitized by Google

Nothwendigkeit einer sorgsamen ärztlichen Behandlung des Knaben während seines fünftägigen schmerzlichen Unwohlseins ausgesprochen ist, und wird dasselbe ferner in dem Gutachten des hofgerichtlichen Medicinalreferenten unbedingt bestätigt, so kann auch selbst der Laie darüber nicht im Zweifel sein, wenn er das dem ersteren Gutachten angeschlossene Tagebuch mit der Schilderung des Zustandes, worin sich der Knabe 4 Tage lang nach seiner Mißhandlung befand, durchgeht und namentlich daraus ersieht, daß derselbe noch am zweiten und dritten Tage mit Fieber behaftet war."

Im Uebrigen nahm der höchste Gerichtshof ebenso wie das Hofgericht an, daß der Strafmilderungsgrund des §. 234 des St.G.B. nicht vorliege, weil der Thäter, wenn auch seine Absicht auf bloße Mißhandlung des Knaben gerichtet war, immerhin bei der Menge der Stockstreiche, die er dem nur mit einem Hemde bekleideten fünfjährigen Kinde versetzte, die eingetretene Körperverletzung als leicht mögliche Folge der Mißhandlung voraussehen konnte. Das Strafmaß aber wurde im Hinblick auf den bisherigen guten Leumund des Thäters, und andererseits auf die bei der Mißhandlung beider Knaben von ihm bewiesene große Rohheit für angemessen erachtet.

Eduard Brauer.

VI.

Wie sind unrichtige Antworten im Fragebogen zu verbessern?

In der Anklagesache gegen Jakob Gerlinger von Hockenheim wegen Tödtung wurden von dem Schwurgerichtshofe 5 Fragen gestellt. Die Anklage ging auf fahrlässige, durch vorsätzliche Körperverletzung im Affekt verübte Tödtung, und behauptete auf Grund des gerichtsärztlichen Gutachtens, der tödtliche Erfolg sei als sehr wahrscheinliche Folge der verletzenden Handlung (des Schlags mit einer Schaufel nach dem Kopf des Gegners) vorauszusehen gewesen. Auf diesen Grad der Wahrscheinlichkeit wurde die zweite Frage gestellt, welcher eventuell die dritte Frage nach dem mittleren Grade der Wahrscheinlichkeit (§. 213. 3. des St.G.B.) und weiter eventuell die vierte Frage, ob der tödtliche Erfolg nur als sehr unwahrscheinliche Folge der verletzenden Handlung habe vorausgesehen werden können, §. 213. 2 St.G.B. beigestellt wurde.

Die fünfte Frage ging darauf, ob die Getödtete den Affekt des Angeklagten durch schwere Beleidigungen oder Kränkungen oder thätliche Mißhandlungen, zu welchen der Angeklagte Jakob Gerlinger keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen habe. (§. 214 des St.G.B.)

Die erste, die Schuldfrage, wurde bejaht; die zweite Frage wurde verneint, beim Vorlesen der dritten ein Abwesenheit des Angeklagten [§. 100 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851]) las der Obmann zuerst als Antwort „Nein", verbesserte sich aber sogleich mit: „Ja" und corrigirte auch die schriftliche Antwort; die vierte eventuelle Frage wurde als nicht beantwortet übergangen, auch die fünfte als Antwort zuerst: „Nein" dann aber auch sogleich verbessernd: „Ja" gelesen und diese Verbesserung ebenso in dem Fragebogen vorgenommen, wie sofort die Anschauung des übergebenen Fragebogens auswies. Der Schwurgerichtshof trat deßhalb zurück und nach gepflogener Berathung wurde den Geschworenen eröffnet, sich mit dem ihnen wieder eingehändigten Fragebogen in das Berathungszimmer zurückzuziehen und die Correcturen der Antworten auf die dritte und fünfte Frage, wenn jene der Abstimmung entsprechen, in der durch §. 99 des Einf.-Ges. vorgeschriebenen Weise noch besonders, unmittelbar unter den Antworten zu beurkunden.

Nach der Rückkehr aus dem Berathungszimmer verlas dann der Obmann in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise die dritte und fünfte Frage mit der Antwort: „Ja" und die Beurkundung ihrer Richtigkeit und übergab den Fragebogen wieder, in welchem den ebenbezeichneten Antworten je die Beurkundung beigesetzt war: „Die Richtigkeit der Bejahung der Frage beglaubigen" mit der Unterschrift des Obmanns und derselben zwei Geschworenen, welche vorher schon den Fragebogen am Schlusse zur Beurkundung mit unterzeichnet hatten.

Diese Beglaubigungen wurden sodann noch von dem Gerichtsschreiber besonders beurkundet und nun erst erfolgte die Vorlesung des Wahrspruchs der Geschworenen durch den Gerichtsschreiber gegenüber dem wiedereingeführten Angeklagten in der Weise, daß auf die Frage drei und fünf jeweils nur die berichtigte Antwort verlesen wurde.

Sts.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schweizer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. Jahrgang XXIV. No. 49.

I.

Die Kosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach gemeinem und badischem Prozeßrechte.

(Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. 8. Aufl. §§. 9. D. 24—27.)

§. 1.

Wer die Hülfe der bürgerlichen Gerichte in Anspruch nimmt, muß nicht nur die Ausgaben bestreiten, welche mit seiner eigenen Thätigkeit oder mit den Dienstleistungen seiner Anwälte oder Gewalthaber im Prozesse verbunden sind oder durch Abhör von Zeugen, durch Zuzug von Urkundspersonen, durch Beiziehung oder Vernehmung von Sachverständigen, durch Vornahme von Augenscheinen und durch auswärtige Gerichtsthätigkeit entstehen, sondern er hat auch an die Staats- (Steuer-) Kasse Zahlungen zu leisten und zwar nicht blos als Vergütung der von dieser baar bestrittenen (Porto) Auslagen,

§. 6 des Fin.M.Erlasses vom 19. September 1842 (St.V.Bl. No. 14 S. 70),

sondern auch als Präcipualbeitrag zu dem Staatsaufwand für die Gerichte (Sporteln und Gebühren oder Stempel).

vrgl. die Gebührenordnung für Zeugen, Parteien und Sachverständige vom 26. Februar 1849 (Reg.-Bl. No. 10 S. 119a. 121.)

— das Gesetz vom 13. Mai 1856 (Reg.Bl. No. 21 S. 179—196), den Gebrauch des Stempelpapiers und den Ansatz von Sporteln bei den Gerichten in bürgerlichen Rechtssachen u. s. w. betr.

— §. 1 Ziff. 1 der landesherrl. Verord. vom 15. Januar 1857 (Reg.Bl. No. 4 S. 25. 26.)

§. 2.

So lange die Verhandlungen noch im Gange sind, hat jeder Theil die Auslagen selbst zu bestreiten, welche mit der Stellung seiner Anträge und mit den durch diese Anträge zunächst veranlaßten richterlichen Verfügungen verbunden sind.

Diesen Grundsatz spricht auch die Pr.O. aus in den §§.

171. Während des Prozesses bestreitet vorläufig jede Partei die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten.

172. Die Kosten solcher Handlungen, welche von beiden Parteien gemeinschaftlich oder von dem Gericht für beide veranlaßt werden, sind vorläufig von beiden gemeinschaftlich zu bestreiten oder vorzuschießen.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Zeugenbeweis enthält §. 430, auf die Eidesabnahme §. 554, auf den Arrestprozeß §. 652 Pr.O.

Bezüglich des Vorschusses von Sporteln und sonstigen Gerichtskosten schreibt das Sp.G. vor in:

§. 5. In bürgerlichen Rechtssachen sind die Sporteln denjenigen anzusetzen, von welchen sie nach der Pr.O. zu erheben sind.

§. 6. Die Sporteln für bedingte Zahlbefehle sind dem Kläger, für Liquidierkenntnisse dem Beklagten anzusetzen.

Ist in dem Urtheile die Kostenbestimmung ausgesetzt (z. B. wenn auf Eid erkannt wird), so hat der Kläger die Sporteln einstweilen zu entrichten.

Die Sporteln des Vollstreckungsverfahrens fallen dem Schuldner zur Last, sofern nicht für eine einzelne Handlung etwas Anderes vom Gerichte bestimmt wird.

§. 14 a. E.

Wird eine Urkunde durch eine dritte, bei dem Rechtsstreite nicht betheiligte, Person zu den Acten gegeben, so ist der Betrag des erforderlichen Stempels der betreffenden Partei als Sportel anzusetzen.

Digitized by Google

§. 7. Besteht eine Partei aus einer Streitgenossenschaft, so hat sie einen zahlungsfähigen Sportelzähler zu bestellen, widrigenfalls das Gericht einen der Streitgenossen dazu bestellt.

§. 8. Personen, die sich im Auslande aufhalten oder im Inlande nur vorübergehend verweilen, müssen, wenn sie bei einem inländischen Gerichte in einer bürgerlichen Rechtssache als Kläger auftreten wollen, einen zahlungsfähigen Inländer aufstellen, welcher sich zur Entrichtung der Sporteln und sonstigen Gerichtskosten verpflichtet. Sie werden zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit aufgefordert, wenn sie ihr nicht freiwillig genügen. Bevor Dieß geschehen, wird keine Verfügung in der Sache selbst erlassen, außer in besonders dringenden Fällen.

Nach §. 5 der Vollzugsverordnung vom 14. Mai 1856 zu dem Sportelgesetze (Reg.Bl. No 21 S. 198) fällt jedoch bei einfachen Schuldbetreibungen durch Ausländer die Aufstellung eines inländischen Sportelzählers weg, wenn der Kläger darum nachsucht, die Sportel von ihm durch Postnachnahme zu erheben, und wenn er in einem Staate wohnt, mit welchem eine Uebereinkunft wegen gegenseitiger Gestattung von Postnachnahmen besteht: zur Zeit also in einem zu dem deutsch österreichischen Postvereine gehörigen Staate oder in der Schweiz.

Wohnt der Beklagte im Auslande, so werden nach §. 9 des Sp.G. die ihm zur Last fallenden Sporteln und sonstigen Gerichtskosten aus dessen im Lande befindlichen Vermögen oder von seinem Anwalte oder sonstigen inländischen Bevollmächtigten erhoben. Können sie auf diese Weise nicht erhoben werden, so hat sie der Kläger vorzuschießen.

Uebrigens hat sich die Regierung in demselben §. des Sp.G. vorbehalten, wegen Erhebung der Sporteln von Ausländern andere Bestimmungen zu treffen.

§. 3.

Bei Entscheidung der Frage, welcher Partei die Verpflichtung aufzuerlegen sei, ihrem Gegner die ihm verursachten Prozeßkosten zu ersetzen, legte das ältere römische Recht das Hauptgewicht auf die Absicht und Gesinnung der streitenden Theile. Wer mit dem Bewußtsein, Unrecht zu haben (calumniose), oder wenigstens aus Uebermuth und Unbesonnenheit (temere) einen Rechtsstreit geführt hatte, sollte seinem Gegner die Kosten dieses Streites zu ersetzen schuldig sein,

fr. 1. §. 1. D. 50. 5.

c. 1. C. Theod. 4. 18.

Aeltere Lehrer des gemeinen Prozesses betrachteten die Verpflichtung zum Kostenersatz als Strafe für dolus und culpa lata.

Bayer, §. 25 S 78,

den in einigen wenigen Stellen des römischen und kanonischen Rechts vorkommenden, im uneigentlichen Sinne gebrauchten Ausdruck „poena“ mißdeutend *)

Vorlesungen über die Theorie des d. g. b. Prozesses von Martin (Leipzig bei Brockhaus. 1855) §. 39 Bd. I. S. 261—263.

Schmidt, Handbuch des g. d. Civilprozesses §. 70 S. 198. 199.

Andere Lehrer des gemeinen Prozesses legten der Lehre vom Kostenersatz das Prinzip der lex Aquilia zu Grunde und hielten den geringsten Grad von culpa zur Begründung der Ersatzpflicht für genügend. Allein die lex Aquilia paßt ihrem Wesen nach nicht auf den durch Rechtsuchung gerichtlicher Hilfe erwachsenden Schaden, auch verweist das römische Recht bei den Vorschriften über die Verbindlichkeit zum Kostenersatz nirgendwo auf dieselbe.

Bayer, §. 25 S. 78. 79.

Eine dritte von Adolf Friedrich Weber angeregte, von der Praxis anerkannte und in die neueren Prozeßgesetzgebungen übergangene Ansicht betrachtet die Verbindlichkeit, die erwachsenen Prozeßkosten zu ersetzen, als eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze und beurtheilt dieselbe nach den Grundsätzen der Vergütung eines widerrechtlich gestifteten Schadens, wie solche bei Delicten aller Art angewendet werden.

Die Vertheidiger dieser Ansicht gehen davon aus, daß die Prozeßkosten, welche eine Partei auslegt, eine Vermögensverminderung durch einen Aufwand sind, zu welchem

*) l. 13 §. 2 C. de judiciis 3. 1
C. 5. X. de dolo et cont. 2. 14.
C. 4. X. de poenis 5. 37.
Unter „poena“ wird hier wie in
Nov. 2, c. 2, §. 1.
c. 3.
l. 15. C. de usur. 4. 32.
l. un. C. de his quæ poen. nom. 6. 44.

jeder Nachtheil verstanden, den sich Jemand durch seine Schuld zugezogen hat, sollte er auch bei ganz erlaubten Rechtsgeschäften eingetreten sein.

Digitized by Google

sie dadurch genöthigt wurde, daß sich der Gegner herausgenommen hat, ihr Recht zu hindern, wogegen sie dann gerichtliche Hilfe suchen mußte, welche unentgeldlich nicht zu haben ist. Wenn sich nun in der Folge ergebe, daß die Hinderung ungerechtfertigt war, so erscheine der Gegner, welcher die Rechtsausübung hinderte, als der Urheber jenes Schadens, von welchem man, wie von jedem Urheber einer unerlaubten Beschädigung, den Ersatz des von ihm auf solche Weise gestifteten Schadens mit Recht verlangen könne.

Vorlesungen von Martin. §. 39. Bd. I. S. 262. 263.

Schmidt, Handbuch des g. d. Civilprozesses §. 70. S. 199.

Auch die Pr.O. stellt in §. 197 den allgemeinen Satz an die Spitze:

„Die Schuldigkeit der einen Partei, der andern die Prozeßkosten zu erstatten, wird nach den Grundsätzen über die Pflicht zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens beurtheilt,"

und in diesem Sinne legt §. 305 derselben dem Kläger, welcher die Klage fallen läßt, die Verbindlichkeit auf, den Beklagten wegen der bisher aufgelaufenen Prozeßkosten zu entschädigen.

Dieser Grundsatz führt mit dem neueren römischen Recht dazu, den Erfolg des Rechtsstreites als den nächsten und regelmäßigen Anhaltspunkt für den Richter bei der Beurtheilung der Verbindlichkeit zum Ersatze der Prozeßkosten anzusehen:

c. 13. § 6. C. 3. 1 de judic,

denn: „res judicata pro veritate habetur," l. 207. D. de reg. jur. 50. 17.

Dieser objective Grundsatz ist auch in dem

Visitat Absch. v. 1713. §. 82

als Regel ausgesprochen,

vrgl. c. 4. X. 5. 37 de poenis

und von der Pr.O. festgehalten in

§. 168. In der Regel ist der Besiegte schuldig, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen.

Da nach §. 773 Pr.O die Entsagung auf den Rechtsstreit die Wirkung hat, als ob der Entsagende durch ein rechtskräftiges Urtheil im Prozesse unterlegen wäre, so wird er folgerichtig durch den zweiten Absatz dieses Paragraphen auch als der Gegenpartei zur Erstattung der Prozeßkosten, ebenso der Kläger, welcher die angebrachte Klage fallen läßt, durch §. 305 Pr.O. zur Entschädigung des Beklagten wegen der bisher aufgelaufenen Prozeßkosten verpflichtet erklärt.

vrgl. c. 5. C. de fruct. et lit. exp. 7. 51.

Nach §. 6 des Sp.Ges. ist die Urtheilsportel derjenigen Partei zur Last zu setzen, welche zur Tragung der Kosten verurtheilt ist.

§. 4.

Die Regel, daß der unterliegende Theil zur Erstattung der Prozeßkosten an den Sieger verurtheilt werden soll, erleidet jedoch zwei Ausnahmen, indem zuweilen:

a) die Kosten compensirt werden, d. h. erkannt wird, daß kein Theil dem andern zum Ersatze der Kosten verbunden sei, daß namentlich die unterliegende Partei ihrem Gegner die Prozeßkosten nicht zu erstatten habe, sollten auch die Beträge der beiderseits aufgewendeten Kosten höchst ungleich sein,

Vorlesungen über die Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses von Martin. §. 39. Bd. I. S. 262;

b) die siegende Partei einen Theil der Kosten des Verfahrens zu tragen, daher, wenn er sie ausschließlich bestritten, keinen Ersatz hierfür von dem unterliegenden Gegner anzusprechen und, wenn Letzterer sie vorschüßlich getragen, diesen Ersatz hierfür zu leisten hat.

Zu a. Aus dem Verluste des Prozesses folgt nicht immer, daß diejenige Partei, welche unterlegen ist, bei der Rechtserfolgung widerrechtlich gehandelt habe, da theils die Beschaffenheit der Thatsachen des einzelnen Falls, die ihr etwa unbekannt waren oder sein konnten, theils der Zustand der Gesetzgebung, welcher so manche Rechtsfrage zweifelhaft läßt, entschuldigen können, daß von der besiegten Partei, in der Ueberzeugung von der Gerechtigkeit ihrer Sache, ein Rechtsstreit geführt wurde. Daher kann streng genommen nur da, wo im einzelnen Falle erhellt, daß der unterlegenen Partei die Führung des Prozesses als widerrechtlich zur Schuld zugerechnet werden darf, der unterliegende Theil in die Kosten des Rechtsstreits verurtheilt werden. Allein nicht blos der dolus, die vorsätzliche Beschädigung, sondern auch die culpa ist der prozeßführenden Partei zur Schuld zuzurechnen, und zwar die culpa lata jedenfalls, weil diese bezüglich der Pflicht zum Schadensersatze dem dolus gleichsteht, ob aber auch culpa levis? ist bestritten.

Digitized by Google

Die Unkenntniß einer fremden Handlung ist der, wegen derselben unterliegenden Partei dann nicht zur Schuld zuzurechnen, wenn sie gegen diese fremde Handlung sich zu vertheidigen hatte; anders verhält es sich aber, wenn sie eine fremde Handlung einem Angriff zu Grund legte;

„nam plane, qui agit, certus esse debet; cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: et ante debet rem deligenter explorare et tunc ad agendum procedere" l. 42. D. reg. jur. 50 17.

Dagegen ist nicht zu entschuldigen, wenn eine Partei ihre eigenen oder gemeinschaftlichen Handlungen in Abrede stellt.

Wo die Entscheidung des Rechtsstreits auf streitigen Rechtsfragen beruht, läßt sich nicht im Allgemeinen bestimmen, ob der unterliegenden Partei eine Widerrechtlichkeit zur Last liege, vielmehr wird sich dies nur aus den individuellen Umständen des einzelnen Falls ergeben.

Es wird dabei nicht nur auf den Grad der Dunkelheit der Gesetze, sondern auch auf den Grad der bei der Person vorauszusetzenden Einsicht ankommen.

Dagegen ist nicht zu entschuldigen, wenn eine Partei den deutlichen und unbestrittenen Inhalt eines Gesetzes unrichtig auslegt oder in Zweifel zieht, um darauf ihr Recht zu stützen.

Vorlesungen von Martin, §. 39. S. 264. 265.

Hiernach war man im gemeinen Rechte über die Frage, wann Kostencompensation zulässig sei, keineswegs ganz im Reinen, weil das neueste römische Recht in Nov 82 c. 10 hiefür keinen, jede Meinungsverschiedenheit im einzelnen Falle ausschließenden, Anhaltspunkt darbot, und die deutschen Reichsgesetze nur die ganz allgemein gehaltene Bestimmung enthielten, daß die Prozeßkosten „nicht leichtlich," sondern nur aus „genugsamen Ursachen" compensirt werden sollen.

Visitat Absch. v. 1713. §. 82.

Concept der K.G.O. von 1613. Thl. III. Tit. 59. §. 9.

Schmidt, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 70. S. 195. 196 ff.

Aus dieser Bestimmung ergab sich α) nur soviel, daß die strengere Ansicht, welche die Kostencompensation zu beschränken suchte, mehr mit der Absicht der Reichsgesetze übereinstimmte, als die entgegengesetzte, welche den Unterliegenden nur im Falle einer offenbaren calumnia, einer erwiesenen mala fides dolus oder lata culpa in, die Prozeßkosten verurtheilt wissen wollte,

Bayer, § 25 S. 78. 80.

Vorlesungen von Martin §. 39. Bd. I. S. 264. 265.

Martin, Lehrbuch 11. Ausg. §. 39. S. 62.

Schmidt, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 70. S. 200. 201.

β) als unbestritten nur der allgemeine Satz, daß der Richter nur dann den unterliegenden Theil mit der Verurtheilung in die Prozeßkosten verschonen dürfe, wenn er bei der Entscheidung der Sache sich überzeugt, daß diese zweifelhaft sei, entweder wegen Zweideutigkeit und Dunkelheit des anzuwendenden Gesetzes oder wegen Verwicklung der thatsächlichen Verhältnisse oder wegen des Gleichgewichts der beiderseits geführten Beweise.

Außerdem ließ sich die Kostencompensation in dem Falle aus der Regel rechtfertigen, wenn jede von beiden Parteien theilweise unterlag

Bayer, §. 25. S 79—81.

Schmidt, Handbuch § 70. S 201.

Hierbei ist jedoch auf das Verhältniß, in welchem beiderseits obgesiegt wurde, oder des dadurch auf jeder Seite verursachten Kostenaufwands zu achten. Denn mit Recht wird geltend gemacht, daß der Sieg in einem Nebenpunkte nie die Compensation der Kosten in der Hauptsache rechtfertigen könne, und daß bei gemischter Entscheidung über die verschiedenen Hauptpunkte, jeder Anspruch für sich auch in Ansehung der Kostenerstattung geprüft und beurtheilt werden müsse, und eine Compensation der Kosten nur dann eintreten könne, wenn die durch die beiderseitigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel veranlaßten Kosten dem Betrage nach einander gleichkommen.

Martin, Vorlesungen §. 39. S. 266. 267.

Die im gemeinen Recht herrschenden Zweifel beseitigt unsere Pr.O. in §. 170 durch die Beschränkung der Compensation auf zwei Fälle.

„Hatte die siegende Partei zu viel gefordert, oder wird die Hauptsache theilweise zu Gunsten der andern Partei entschieden, oder ist die Thatsache, welche den Grund des abweisenden oder verurtheilenden Erkenntnisses ausmacht, eine fremde Handlung, welche die siegende Partei nicht kannte, und zu kennen nicht verbunden war, so tritt die Compensation oder verhältnißmäßige Theilung der Kosten ein."

Digitized by Google

Sie läßt hiernach eine Rücksichtsnahme auf Zweifelhaftigkeit der Rechts- oder Thatfragen nicht zu, und stellt es dem Ermessen des Richters anheim, in den oben bezeichneten Fällen entweder von einer Anordnung des Kostenersatzes Umgang zu nehmen (die Kosten zu compensiren), oder aber die Kosten zwischen beiden Parteien nach Verhältniß zu theilen.

Zu diesem Zwecke sind sämmtliche Prozeßkosten zusammenzurechnen und nach intellectuellen Bruchtheilen der Eine und Andere in dem Verhältniß zum Kostenersatz zu verurtheilen, in welchem diejenigen Streitpunkte, in welchen er obsiegt, gegen diejenigen, in welchen er unterliegt, mehr oder weniger überwiegen.

In einem besonderen Falle, nämlich in dem der Erlöschung des Rechtszuges, wo der Prozeß auf den Grund der Zustimmung beider Theile als in diesem Rechtszuge nicht anhängig gemacht angesehen wird, ist die Kostencompensation durch den zweiten Absatz des §. 770 Pr.O. mit den Worten ausdrücklich geboten:

„Jede Partei hat die Kosten selbst zu tragen, welche sie im erloschenen Prozesse gehabt hat."

Nach §. 6 des Sp.G. ist die Urtheilsportel, wenn die Compensation der Kosten eintritt, jeder Partei zur Hälfte anzusetzen, und wenn eine Theilung der Kosten ausgesprochen wird, in entsprechendem Verhältnisse zu theilen.

Zu b) im gemeinen Rechte ging man soweit, den Ungehorsamen nicht blos zum Ersatze derjenigen Auslagen zu verurtheilen, welche ohne seinen Ungehorsam gar nicht entstanden sein würden, sondern auch zur Vergütung derjenigen Prozeßkosten, welche der Gegner hätte bestreiten müssen, auch wenn kein Ungehorsam stattgefunden hätte;

c. 13. §. 2 C. 3. 1. de jud.
c. 4. in f. X. 5. 37. de poenis.
C.G.O. 1555. Thl. III. Titel 42. §. 3.
„ 43. §. 4.

allein nach badischem Rechte ist zufolge L.R.S. 1151 von dem Ungehorsamen nur der Schaden zu tragen, beziehungsweise zu ersetzen, welcher unmittelbare und natürliche Folge des Ungehorsams ist. Demgemäß bestimmt die Pr.O. in:

§. 620. Die durch die Versäumung und Wiederherstellung veranlaßten Kosten bleiben in jedem Falle, ohne Rücksicht auf den Ausgang der Sache, der säumigen Partei zur Last, und kann der Fall, daß die obsiegende Partei sämmtliche Kosten des Rechtszugs zu tragen hat, ausnahmsweise nur unter der Voraussetzung des §. 1175 Pr.O. vorkommen, welcher besagt:

Derjenigen Partei, welche in der Appellationsinstanz neue Thatsachen oder neue Beweismittel beibringt, die schon in der frühern Instanz beizubringen gewesen wären, fallen die Kosten der Appellationsinstanz ganz oder theilweise selbst dann zur Last, wenn sie in der Hauptsache gewinnt.

Auf dem Grundsatze, daß die Selbstverschuldung weiterer Kosten die Pflicht bedinge, solche ohne Ersatzanspruch selbst zu tragen, beziehungsweise die dem Gegentheil veranlaßten zu ersetzen, beruht auch die Bestimmung des;

§ 237 Pr.O., daß die durch die Gesuche um Fristverlängerung oder Verlegung der Tagfahrt entstehenden Kosten stets die nachsuchende Partei zu tragen habe,

§. 239 Pr.O, daß die Kosten der Tagfahrt der Partei zur Last fallen, welche um deren Verlegung so spät nachsucht, daß die Gegenpartei hiervon nicht mehr rechtzeitig in Kenntniß gesetzt werden konnte,

§. 308. die durch nachträgliche Verbesserungen, Erläuterungen oder Ergänzungen jeder Art veranlaßten Kosten fallen in jedem Falle der Partei zur Last, von der sie vorgebracht worden,

und des §. 1170 Pr.O., daß dem Appellaten der Mehrbetrag der wegen der Verspätung der schriftlichen Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift entstehenden Kosten zur Last falle;

endlich des §. 148 Pr.O., daß die Partei, deren Widerruf des Vortrags ihres Bevollmächtigten verworfen wird, in die Kosten verurtheilt werde.

Nach den §§. 235. 237 Pr.O. bleiben dem Anwalt sogar Kosten, die er wegen seiner Verhinderung veranlaßte, zur Last; er hat nämlich die Kosten, welche durch ein damit begründetes Gesuch um Fristverlängerung oder Tagfahrtsverlegung entstehen, in jedem Falle selbst zu tragen, ohne aus irgend einem Grunde Ersatz dafür fordern zu können.

Auf anderen, rein objectiven, Gründen beruht die besondere Vorschrift für das Gantverfahren in §. 877 Pr.O.:

„Die Kosten der Liquidationstagfahrt und jene der Urtheilspublikation hat jeder Gläubiger auf sich zu behalten. Die Gerichtskosten dieser beiden Tagfahrten fallen immer auf die Masse."

Digitized by Google

Die Kosten der Liquidation und der Urtheilsanhörung hat nämlich jeder Gläubiger aufzuwenden; wenn Jeder sie aus der Masse vergütet bekäme, so würde in Folge der hierdurch bewirkten Minderung der Masse um so viel weniger zur Befriedigung seiner Forderung übrig bleiben. Der Gläubiger, welcher aus der Masse Zahlung zu erhalten hat, würde daher, was er auf der einen Seite gewonnen, auf der andern mehrfach verlieren.

Aber nicht nur die Partei, sondern auch der Anwalt oder Gewalthaber derselben hat die selbstverschuldeten Kosten zu tragen, so nach §. 147 Pr.O. dann, wenn die Partei einen seiner Vorträge widerruft und ihn ein Verschulden trifft, ferner hat nach §. 153 Pr.O. der Anwalt, wegen dessen Versäumnisses Wiederherstellung gegen den Ablauf einer Nothfrist erkannt wird, die durch das Wiederherstellungsverfahren veranlaßten Kosten zu tragen.

§. 5.

Soll über das Verschulden einer Partei in Ansehung des ganzen Rechtsstreits ein richtiges Urtheil gefällt werden, so kann dies nicht früher als in dem Endurtheil geschehen; denn erst durch dieses wird ausgesprochen, welche von den Parteien Recht behält, oder wie weit jede und aus welchen Gründen.

Es ist daher ganz natürlich, daß die Entscheidung über die Kosten des ganzen Rechtsstreits bis zum endlichen Erkenntniß ausgesetzt bleibt.

Wenn also die Streitsache zur richterlichen Entscheidung reif ist, dann soll der Richter nicht blos über die eigentliche Streitsache, sondern auch darüber erkennen, ob etwa die eine Partei der andern die ihrerseits bestrittenen Auslagen zu vergüten habe, und welcher Partei diese Ersatzverbindlichkeit obliege.

Die Prozeßordnung schreibt in dieser Beziehung vor in:

§. 329. Das Urtheil am Schlusse des ersten Verfahrens erkennt .... nicht nur über die Hauptsache, sondern auch über die Nebensachen, Früchte, Zinsen, Entschädigungen und Prozeßkosten,

und spricht diesen Grundsatz auch beim Arrestprozesse in:

§. 662. Das Urtheil, welches den Arrest wieder aufhebt, erkennt zugleich über die Verbindlichkeit des Arrestklägers zum Schadens- und Kostenersatze

so wie beim Gantverfahren aus. Nach §. 875 wird nämlich im Ganturtheil und zwar nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Pflicht zur Kostenerstattung zugleich über die Pflicht zur Erstattung der Prozeßkosten, und zwar sowohl zwischen der Gantmasse und jedem Gläubiger, als zwischen einzelnen Gläubigern unter sich, zwischen welchen besondere Streitverhandlungen Statt gefunden haben, erkannt; denn nach §. 878 fallen die Kosten des von einem Gläubiger gegen den andern verhandelten Streites, insbesondere auch die Kosten der vom einen Gläubiger gegen den andern gebrauchten Rechtsmittel, niemals der Gantmasse, sondern stets demjenigen Gläubiger zur Last, der nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über Erstattung der Prozeßkosten in solche zu verurtheilen ist.

Die Frage, ob eine Partei der andern die Kosten zu ersetzen habe, wird sonach mit der Hauptsache Gegenstand der Appellation.

Bei der Appellation gegen das Endurtheil dürfen übrigens zur Herstellung der Appellationssumme nicht auch die Kosten in Berechnung genommen werden.

Dies ist zwar früher in Zweifel gezogen worden;

Annalen 1833. I. No. 15. S. 92. Red.Note,

Jahrbücher n. F. I. 1833. S. 7 - 10,

die Praxis hat jedoch konstant die Kosten des laufenden Prozesses von der Berechnung der Beschwerdesumme ausgeschlossen.

Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel. 2. Auflage. S. 49.

Annalen 1856. XXIII. No. 24. IV. S. 192.

vrgl. Schmidt, Handbuch §. 70. S. 204. 205.

§. 6.

Weil das Erkenntniß über die Verbindlichkeit zum Kostenersatze in der Regel erst in Verbindung mit dem Endurtheile über die Hauptsache erfolgen kann, so ist in den Zwischenurtheilen, welche die Hauptsache selbst betreffen, z. B. in dem Beweisurtheile, der Ausspruch über den Kostenpunkt noch vorzubehalten.

Dies ordnet auch die Pr.O. an in:

§. 173. Das Erkenntniß, welches die Hauptsache entscheidet, erkennt zugleich über den Kostenpunkt, welcher deßhalb in den Zwischenbescheiden und fürsorglichen Verfügungen ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten wird.

Wenn jedoch während des Verfahrens über die Hauptsache irgend ein Nebenpunkt, welcher nicht unmittelbar zur Hauptsache selbst gehört, z. B. ein Zwischenstreit über die Leistung einer Kaution, auftaucht und zur gesonderten Verhandlung gebracht wird, so ist über die Verbindlichkeit, die besonderen Kosten dieses Zwischenstreits zu ersetzen, immer sogleich in dem Zwischenurtheile

Digitized by Google

über diesen Nebenpunkt, beziehungsweise über dessen Zulässigkeit oder Erheblichkeit für den Hauptstreit zu erkennen, gleichviel wie die Hauptsache ausgehen mag, und dürfen dergleichen Zwischenkosten mit denen der Hauptsache nicht zusammengeworfen, und darf über beide nicht erst im Endurtheile gleichheitlich erkannt werden, denn die Partei, welche in der Hauptsache Recht behält, konnte ihren Gegner doch bezüglich des Nebenpunkts chikanirt haben.

Deßhalb ordnet auch die Pr.O. an in:

§. 174. Ueber die Kosten einzelner Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitte wird jedoch schon früher erkannt, wenn das Erkenntniß, wie namentlich das Erkenntniß über Versäumißkosten, von dem Ausgange der Hauptsache nicht abhängt.

Nach Umständen wird jedoch auch in einem solchen Falle das Erkenntniß über die Kosten bis zur Entscheidung der Hauptsache ausgesetzt werden dürfen, wie dies in §. 147 Pr.O. in dem Falle ausdrücklich gestattet ist, wo der Anwalt oder Gewalthaber, weil ihn ein Verschulden trifft, in die Kosten des Widerrufs seines Vortrags verurtheilt wird.

Die Kosten der Appellationen gegen Ladungsversagungen, welche in zweiter Instanz aufgehoben wurden, hat man früher zuweilen dem unterliegenden Beklagten dann zur Last gesetzt, wenn er die unterrichterliche Ladungsversagung vor dem Obergerichte vertheidigt hatte, indem man die Verhandlung und Entscheidung über das gegen die Ladungsversagung mit Erfolg eingelegte Rechtsmittel für eine Art von abgesondertem und mit der Ladungsverfügung abgeschlossenen Vor- oder Zwischenverfahren ansah und dem Beklagten die Vertheidigung der unterrichterlichen Ansicht zum Verschulden zurechnete. Allein das Einstehen des Beklagten für die Ansicht des Unterrichters vor dem mit Rechtskundigen collegialisch besetzten Obergerichte ist häufig entschuldbar und jedenfalls unverfänglich, auch hat das Ladungserkenntniß nur die Natur eines Dekrets, der Richter kann also beim Endurtheil wieder davon abgehen und die Klage abweisen. Hiernach ist mit der Ladungsverfügung die Sache keineswegs definitiv abgemacht, sondern erst mit dem Endurtheil. Die Entscheidung über den Kostenpunkt ist daher diesem vorzubehalten und die darin unterliegende Partei hat eben dann die durch die Beseitigung der Ladungsversagung veranlaßten Kosten als einen durch Zufall veranlaßten Mehraufwand hinzunehmen.

Auch die Auslagen, welche einer Partei durch den Ungehorsam ihres Gegners verursacht worden sind, sollen nicht mit den Kosten des Hauptverfahrens vermengt, sondern der ungehorsame Theil soll, ohne Rücksicht auf sein etwaiges Recht in der Hauptsache, sogleich nach constatirtem Ungehorsam zum Ersatze derselben verurtheilt werden. Dies verfügt auch die Pr.O. am Schlusse des §. 620 mit den Worten:

„und die Gegenpartei kann den Ersatz der ihr dadurch (d. h. durch die Versäumung und Wiederherstellung) verursachten Kosten ohne Aufschub verlangen."

Das römische Recht legte dem Richter sogar die Pflicht auf, dem Ungehorsamen die Procedur in der Hauptsache so lange zu verweigern, bis er jene Kosten seinem Gegner ersetzt habe,

c. 15. C. 3. 1,

woraus die Praktiker für den Gegner die s. g. exc. refusionis expensarum abgeleitet haben.

Schmidt, Handbuch §. 70 S. 203. 204.

In unserer Pr.O. ist diese Vorschrift nur in dem Falle beibehalten, wenn der in der ersten Tagfahrt allein erschienene Beklagte verlangt und erwirkt hat, daß er, unter Verfällung des Klägers in die Kosten der Tagfahrt, von der Instanz entbunden werde: denn hier schreibt §. 326 Pr.O. im zweiten Absatze vor:

Eine Erneuerung der Klage kann sofort nur Statt finden, nachdem der Beklagte seine Kostenvergütung erhalten hat.

Diese Bestimmung findet nach §. 187 Pr.O. auch dann Anwendung, wenn der Beklagte auf sein Verlangen deßhalb von der Instanz entbunden worden ist, weil der Kläger innerhalb der ihm anberaumten Frist die Sicherheit für den Ersatz der Prozeßkosten nicht geleistet hat.

§. 7.

Der Richter soll sich in jedem Urtheil, mag er nun einen Theil zum Ersatz verpflichtet oder den Fall zur Compensation geeignet finden, über den Kostenpunkt aussprechen.

c. 13. §. 6. c. 15. C. 3. 1.

Nov. 82. c. 10.

Die Vorschrift in c. 13. §. 6 und c. 15 C. l. cit., daß der Richter, wenn er diesen Ausspruch unterläßt, dem siegenden Theile die gehabten Auslagen zur Strafe

Digitized by Google

aus eigenem Vermögen vergüten müsse, hat jedoch in Deutschland nie Eingang gefunden.

Wenn der Richter in dem Endurtheil über die Hauptsache oder in solchen Zwischenbescheiden, durch welche ein selbstständig verhandelter, zur Hauptsache nicht gehöriger Nebenpunkt erledigt wird, den Kostenpunkt unberührt läßt, so galt bei Prozeßlehrern des gemeinen Rechts die Ansicht, der Sieger könne eine Vergütung seiner Kosten nicht verlangen, weil keine Verurtheilung sich von selbst verstehe und nach Verkündung des Urtheils eine besondere Klage auf Kostenersatz gegen den Unterliegenden nach c. 3. C. 7. 51 nicht gestattet sei, man müßte sonach die Kosten als compensirt gelten lassen.

Bayer, §. 26 S. 84. 2.

Martin, Vorlesungen §. 39 S. 266 vor und in Note 19. §. 108 S 542.

Schmidt, Handbuch §. 70 S. 204.

Allein nach unserem Prozeßrechte kann einem solchen Uebersehen entweder durch einen Ergänzungsantrag abgeholfen, §. 1118 Pr.O., oder das Unterlassen der Entscheidung über den Kostenpunkt in dem Endurtheil neben andern Appellationsbeschwerden als eigene Beschwerde aufgestellt werden, §. 1120 Pr.O. Wenn aber die Entscheidung über die Kosten der selbstständigen Verhandlung eines Nebenpunktes in dem darüber erlassenen Zwischenbescheide unterblieb, so kann sie, sogar von Amtswegen, noch bis zu, beziehungsweise in dem Endurtheile nachgeholt werden.

In §. 147 Pr.O. ist dies, wie schon oben erwähnt, für den dort besprochenen Fall ausdrücklich gestattet.

§. 8.

Darf der Richter auch unaufgefordert (von Amtswegen) zum Kostenersatz verurtheilen?

Diese Frage wurde von einzelnen Lehrern des gemeinen Prozesses mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime verneint;

Schmidt, Handbuch §. 70 S. 203,

allein in der Praxis war demungeachtet die Ansicht durchgedrungen, daß ein Antrag der Parteien nicht nöthig sei, weil schon Nov. 82 c. 10. dem Richter die Verpflichtung ohne irgend einen Vorbehalt auflegt, bei seinem Urtheile in der Hauptsache auch auf den Kostenpunkt Rücksicht zu nehmen.

In unserer Pr.O. ist diese Frage durch §. 336 dahin entschieden:

„Das Gericht ist niemals berechtigt, einer Partei von Amtswegen etwas zuzusprechen, um was sie nicht gebeten hat,“ den Ersatz der Prozeßkosten allein ausgenommen, über welchen auch von Amtswegen erkannt werden muß.“

§. 9.

Wird eine Partei ganz oder zum Theil in die Kosten des Rechtsstreits verurtheilt, so ist sie darum noch nicht verpflichtet, den Gesammtbetrag der Auslagen ihres Gegners ganz oder im bezeichneten Bruchtheil zu erstatten, sondern nur die in dem einzelnen Fall als nothwendig oder unvermeidlich sich ergebenden Auslagen. Bei dem Kostenersatze kommen also nur diejenigen Auslagen in Betracht, welche zur Sicherstellung des Rechts erforderlich waren, dagegen eignet sich jeder nur willkürliche Aufwand nicht zum Ersatz.

Martin, Vorlesungen §. 39. S. 267.

Daß nur die nothwendigen Kosten zu ersetzen seien, spricht auch der oben schon angeführte §. 168 unserer Pr.O. aus.

Der Begriff der Nothwendigkeit der Kosten darf nicht zu streng gefaßt werden und kommt es bei Beurtheilung der Nothwendigkeit weder auf den Erfolg der Kosten verursachenden Handlung noch darauf an, daß vielleicht die Durchführung des Rechtsstreits auch ohne die in Frage stehende Auslage möglich gewesen wäre. Alles was regelmäßig zum Betrieb eines Prozesses, gerichtlich oder außergerichtlich, aufgewendet wird, darf, so weit es in dem einzelnen Falle aufgewendet wurde, dem zum Ersatz verurtheilten Gegner aufgerechnet werden.

Gensler, Handbuch S. 189.

Schmidt, Handbuch des g. d. Civilprozesses §. 70. S. 194.

Bezüglich der Anwaltskosten schreibt jedoch §. 169 Pr.O. noch besonders vor:

Der Richter hat in jedem einzelnen Falle zu erwägen, ob nach der Beschaffenheit des Streits die durch den Beizug von Anwälten verursachten Kosten als nothwendige zu betrachten sind oder nicht.

(Schluß folgt.)

Berichtigung.

In No. 45 S. 356 Sp. 2 Z. 6 von oben ist „ungesetzlicher“ statt „gesetzlicher“ zu lesen.

In No. 46 S. 368 Sp. 2 Art. VII. Z. 9 von oben ist vor „Testamentszeugen“ das Wort „nicht“ einzuschalten.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 50.**

I.

Die Kosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach gemeinem und badischem Prozeßrechte.

(Schluß.)

Da nach §§. 1070. 127 Pr.O. bei den Obergerichten Schriften in der Regel durch einen der bei dem betreffenden Gerichtshofe angestellten Advokaten eingereicht und nach §. 1067 vrgl. mit §. 136 Ziff. 5 Pr.O. Vorträge ebenso durch einen solchen Advokaten oder doch unter seiner persönlichen Vertretung gehalten werden müssen, so sind die Advokatenkosten im Allgemeinen in zweiter Instanz in der Regel nothwendige Kosten.

Eine Ausnahme findet bei Appellationsverhandlungen vor dem Unterrichter statt, wo obige Vorschrift wieder eintritt, daß nach den Verhältnissen jedes einzelnen Falles zu bemessen und zu entscheiden ist, ob die Anwaltskosten nöthig sind, oder ob die Parteien, beziehungsweise die Partei, sich selbst hätten vertreten können. Bei der Entscheidung über solche Appellationen hat deßhalb das Obergericht stets auch auszusprechen, ob die (von einer oder beiden Parteien) aufgewendeten Anwaltskosten nothwendige seien oder nicht, damit nicht etwa der Unterrichter, dem solches nicht zukommt, die Entscheidung hierüber sich aneigne, oder das Obergericht um nachträgliche Entscheidung hierüber angegangen werden muß, wo dann der Gehalt der Sache dem Referenten und den übrigen Mitgliedern natürlich nicht mehr so frisch im Gedächtniß, daher wiederholtes Actenstudium und nochmalige Berathung auch dann nöthig, wenn selbst ein Wechsel in den Personen der Gerichtsmitglieder nicht eingetreten ist.

Wo die Anwaltskosten im Allgemeinen nöthig sind, können aber doch unter den Ansätzen einzelne sein, welche sich nicht zum Ersatze eignen. Diese sind bei der Decretur auszuscheiden. Auch ist jedesmal der Betrag der zum Ersatz durch den Gegentheil geeigneten Anwaltskosten ausdrücklich zu bestimmen, damit nicht etwa dies von dem betreffenden Anwalte nachträglich begehrt oder der Decretur von dem den Gesammtbetrag der zum Ersatz geeigneten Kosten feststellenden Richter erster Instanz die Bedeutung und Wirkung einer Feststellung der zum Ersatz sich eignenden Anwaltskosten versagt wird, obschon die Kosten der Anwälte bei den ordentlichen Appellationen stets nothwendige sind, also sich von selbst versteht, daß, soweit sie nicht als zum Ersatz sich nicht eignend ausdrücklich ausgeschieden wurden, sie zum Ersatz geeignet sind.

§. 9.

Wie wird der Betrag der zum Ersatz geeigneten Kosten festgestellt?

Nach römischem Rechte wurde der Betrag der dem Sieger zu erstattenden Kosten von dem Richter nach billigem Ermessen bestimmt, mußte aber von Jenem noch eidlich bekräftigt werden.

c. 13. §. 6. C. 3. 1.
Vrgl. c. 15. C. eod.
Nov. 82. c. 10.

Die deutschen Reichsgesetze erwähnen zwar noch den sog. Expensenеid, den die Partei zu schwören begehren durfte, und schreiben sogar eigene Formeln für ihn vor,

C.G.O. 1555. Thl. III. Tit. 50. §. 3.
Thl. I. Tit. 66. 67. 68.
Conc. v. 1613. Thl. III. Tit. 59. §. 2.
Thl. I. Tit. 88.

jedoch verschwand dieser Eid allmählig wohl deßhalb, weil seit Einführung des schriftlichen Verfahrens die Acten einen hinreichenden Anhaltspunkt darboten, um die in einem Rechtsstreite erwachsenen Kosten nach Maaßgabe

Digitized by Google

der allmählig vollständiger und zweckmäßiger entworfenen Tarordnungen auch ohne Beihilfe des Eides ermitteln zu können.

Demzufolge wurde seitdem der zu ersetzende Betrag in der Regel ohne Zuhülfenahme eines Eides nach dem von den Parteien vorzulegenden Kostenverzeichnisse durch den Richter festgesetzt, welcher das Recht hat, die von den Parteien gemachten Ansätze zu prüfen und nach Befund der Sache zu streichen oder zu ermäßigen.

Bei uns wird der Expenseneid selbst dann nicht vorkommen, wenn zwar die Existenz und die Nothwendigkeit einer Auslage actenmäßig feststünde, die Größe derselben aber zweifelhaft wäre, vielmehr würde beim Mangel genügender Bescheinigung das richterliche Ermessen entscheiden, denn die Voraussetzungen des Würderungseides L.R.S. 1369 liegen bei Festsetzung der Kosten nicht vor.

Die C.G.O. Thl. III. Tit. 50. §. 8 verlangt mit Rücksicht darauf, daß die Kostenverzeichnisse schon vor dem Urtheil vorgelegt werden, daß der Richter, um nachträglichen Liquidationsverhandlungen vorzubeugen, soweit thunlich, die zu ersetzende Summe sogleich in dem Urtheile bezeichne; allein bei uns ist die Vorlage der Kostenverzeichnisse vor dem Urtheil nur den Advokaten bei Obergerichten geboten, bezüglich der Festsetzung der Kosten aber in §. 175 Pr.O vorgeschrieben:

„Ueber die Liquidation der Prozeßkosten findet nur ein abgekürztes Verfahren Statt, in welchem der Richter der Hauptsache nach einem von der fordernden Partei aufgestellten Verzeichnisse entweder sofort, oder nach Vernehmung der Gegenpartei, den Kostenbetrag festsetzt."

Gegen die Bestimmung der Größe der von dem einen Theil dem andern zu ersetzenden Kosten findet die Beschwerdeführung und zwar sofern der Gegenstand der Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Kostenbestimmung sich auf wenigstens 15 fl. belauft, bei dem Hofgericht, beziehungsweise gegen eine Kostenbestimmung des Hofgerichts, sofern der Gegenstand der Beschwerde sich wenigstens auf 30 fl. beläuft, bei großh. Oberhofgerichte §. 1199 Ziff. 6, und dieses Rechtsmittel namentlich auch gegen das Erkenntniß statt, wodurch zufolge des §. 175 Pr.O. nach vorausgegangener Liquidation der Kostenbetrag festgesetzt wird.

Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel. 2. Aufl. S. 171.

§. 10.

Die Haftpflicht mehrerer Streitgenossen, welche in die Kosten verurtheilt sind, ist eine solidarische, indem es sich um die Verbindlichkeit der Schadloshaltung aus einem widerrechtlichen Betragen handelt und in diesem Fall war schon nach gemeinem Recht die solidarische Haftpflicht der einzelnen Schuldigen Regel.

Martin, Vorlesungen §. 39. S. 268. Note 22.

Von dieser solidarischen Haftbarkeit der Streitgenossen kann jedoch selbstverständlich nur soweit die Rede sein, als die Kosten durch gemeinschaftliche Prozeßhandlungen verursacht, nicht aber auch bezüglich derjenigen Kosten, welche durch besondere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einzelner Streitgenossen veranlaßt worden sind, für welche diese natürlich allein zu haften haben.

Hiermit stimmt unsere Pr.O. in §. 97 in Verbindung mit den §§. 89 und 96 überein, wonach die als Streitgenossen aufgetretenen Kläger und auch diejenigen Beklagten, welche, weil sie in Gemeinschaft einer in Anspruch genommenen Verbindlichkeit stehen, oder in dem nämlichen Rechtsgeschäfte Verbindlichkeiten übernommen haben, zur Verfolgung des nämlichen Zweckes, als Streitgenossen, gemeinschaftlich als Beklagte belangt worden sind, ihren Gegner für den Ersatz der ihnen zugewiesenen Kosten sammtverbindlich haften, soweit nicht ein Theil derselben, wie namentlich die durch gesonderten Vortrag besonderer Vertheidigungsmittel von Seiten eines Einzelnen der Beklagten erwachsenen Kosten, einem der Streitgenossen besonders zugewiesen ist.

§. 97. 89. 96 Pr O.

Ausländische Kläger und deren Streitgenossen, sowie ausländische Hauptintervenienten haben für den Ersatz der Prozeßkosten auf Verlangen des Beklagten in der Regel Sicherheit zu leisten.

§. 176 ff. Pr.O.

Die Bewilligung des Armenrechts hat nach § 166 Pr.O. keinen Einfluß auf die Befugnisse der Gegenpartei, den ihr gebührenden Kostenersatz von der, zum Armenrecht zugelassenen, Partei beizutreiben.

Stf.

Digitized by Google

II.

1) Die Nennung des Namens des Käufers ist kein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit des Kaufs.

2) Der Gewalthaber, welcher ein Geschäft, ohne seinen Gewaltgeber zu nennen, abschließt, kann dasselbe für sich selbst klagend geltend machen.

3) L.R.S. 1657 schlägt nur da ein, wo dem Käufer ein Tag oder eine Frist zur Empfangnahme bedungen ist.

4) Der Käufer einer Waare, welche der Verkäufer später einem Dritten verkaufte, darf dennoch seinerseits auf Vertragsauflösung klagen.

5) Nur derjenige ist zur Entschädigung nach dem höchsten laufenden Werth verpflichtet, dessen Vorsatz auf Beschädigung seines Vertragsgegners gerichtet war. L.R.S. 1151 a.

6) Die Normalzeit für die der Entschädigung zu Grund zu legenden Preise beginnt mit dem Tage der Verzugsetzung und dauert bis zum Tage der Zahlung der Entschädigung. L.R.S. 1151 a.

7) Der Durchschnittspreis wird aus allen während dieser Zeit sich ergebenden Preisen, ohne Rücksicht auf den und Vergleichung mit dem zwischen den Parteien früher verabredeten Kaufpreis, gefunden. L.R.S. 1151 a.

Brauer, Erläuterungen Bd. III. S. 93.

Emanuel Mendel in Ludwigshafen erhob gegen Abraham Alsweiler in Wiesloch eine Klage auf Auflösung eines mit diesem am 6. Dezember 1856 über 11 Centner 22 Pfd. Tabak, um den Preis von 19 fl. den Centner, abgeschlossenen Kaufs und auf Entschädigung. Im Verlauf der Verhandlungen gab der Kläger zu, daß der Kauf, den er übrigens in eigenem Namen abgeschlossen habe, zum Vollzug eines ihm von Kaufmann und Glöcklen ertheilten Auftrags geschehen sei.

1) Der Beklagte beanstandete deßhalb des Klägers Legitimation zur Sache, weil er nur als Gewalthaber thätig gewesen sei.

Ein über dieses Verhältniß vernommener Zeuge, Lazarus Jakobi von Leimen, gab an, daß er am 5. Dezember 1856 von einem Theilhaber an der genannten Handlung den Auftrag erhalten habe, am andern Tage nach Wiesloch zu gehen und mit dem Kläger, den er daselbst treffen werde, Tabak einzukaufen. Am folgenden Tage habe er dann mit dem Kläger des Beklagten Tabak gekauft.

Ein weiterer Zeuge, Nikolaus Gaberdiel, versicherte, daß er gewußt habe, der fragliche Tabak sei für Kaufmann und Glöcklen bestimmt.

Der Unterrichter, auf des Beklagten Ansicht eingehend, wies den Kläger ab. Dieser appellirte und führte aus, er sei Handelsmann, sonach Zwischenhändler.

Beklagter widersprach dies.

Kläger führte ferner aus, sein Gewaltgeber, welcher die Beschwerdeschrift mitunterzeichnet habe, mache keinen selbstständigen Anspruch aus dem Kauf, wenn Kläger, dem er den gerichtlichen Austrag überlasse, als legitimirt angesehen werde.

Beklagter beanstandete die Zulässigkeit dieses Vorbringens.

2) Der Beklagte hatte widersprochen, seinen Tabak dem Kläger verkauft zu haben. Er hob mit besonderem Nachdruck hervor, daß die zwei Freunde, welchen er den Tabak verkauft, weder ihren Namen, noch den ihres Gewalthabers genannt hätten.

Der Kläger entgegnete, der Kauf sei, auch wenn der Beklagte den Namen des Klägers nicht gekannt hätte, abgeschlossen gewesen; übrigens habe der Beklagte und der beim Kauf mitwirkende Makler Gaberdiel nicht nur seinen Begleiter, den oben genannten Lazarus Jakobi von Leimen, sondern auch ihn selbst, den Kläger, gekannt; zudem habe er seinen Namen genannt (worüber dem Beklagten der Eid zugeschoben wurde). Jedenfalls hätte der Beklagte nach des Käufers Namen fragen müssen.

Der Makler Nikolaus Gaberdiel und sein Sohn Valentin gaben, als Zeugen vernommen, an, der Kläger habe den Kauf mit dem Beklagten abgeschlossen; auch war Nikolaus Gaberdiel der Meinung, den Namen des Klägers von diesem erfahren, aber, weil er ihn nicht notirt habe, wieder vergessen zu haben.

Ein weiterer Zeuge, Burkhard Gläser, gab an, Beklagter habe einen oder zwei Tage nach Abhängen seines Tabaks den Nikolaus Gaberdiel gefragt, wer denn die seien; wer denn seinen Tabak bekomme, worauf Gaberdiel erklärt habe, er kenne sie nicht; sein, des Beklagten,

Digitized by Google

Tabak werde aber gewogen, entweder bekomme ihn Jakobi oder Traumann.

Eventuell wurde dem Beklagten darüber, daß er seinen Tabak dem Kläger verkauft habe, der Haupteid zugeschoben und dieser von dem Beklagten angenommen.

3) Der Beklagte hatte eingewendet,

a) beim Kaufe sei bedungen worden, er solle den Tabak, sobald die Witterung es erlaube, abhängen und binden, worauf die Fremden denselben bei ihm in Empfang nehmen wollen.

Der Kläger widersprach, daß eine derartige Verabredung stattgefunden habe.

Die hierüber vernommenen Zeugen gaben an und zwar:

Nikolaus Gaberdiel, es sei nur verabredet worden, daß der Tabak abgehängt werden solle, sobald die Witterung es erlaube, und daß ihn der Kläger dann in Empfang nehmen solle; ein Tag sei jedoch dafür nicht bestimmt, auch nicht bedungen worden, daß der Tabak noch an demselben Tage, an welchem er abgehängt und gebunden, auch in Empfang genommen werde. Diese Abrede habe er so aufgefaßt, daß die bei dem Beklagten gekaufte Parthie Tabak seiner Zeit mit den andern in Wiesloch gekauften Parthieen nach dem Abhängen in Empfang genommen werden solle.

Valentin Gaberdiel, so viel er sich erinnere, sei nur verabredet worden, der Beklagte solle seinen Tabak abhängen, sobald die Witterung dazu günstig sei.

Eventuell war dem Kläger der Haupteid über das bestrittene Geding zugeschoben und dieser hatte ihn angenommen.

b) er habe am 8. Dezember bei günstigem Wetter seinen Tabak abgehängt, da aber die fremden Käufer an diesem Tage nicht erschienen seien, auch ihr Begleiter, Makler Gaberdiel, erklärt habe, daß er sie nicht kenne und er dieselben sonach vom Abhängen nicht habe in Kenntniß setzen können, so habe er seinen Tabak am 10. Dezember an Handelsmann Reiß in Mannheim verkauft und ihn am 11. abwägen lassen.

Der Kläger entgegnete, der Beklagte habe den am 8. Dezember abgehängten Tabak nicht schon am 10. verkaufen dürfen, ohne ihm Anzeige vom erfolgten Abhängen gemacht zu haben. Aber selbst dann hätte er nicht vor dem 11., wo er sich ja zum Empfang des Tabaks eingestellt habe, in Wiesloch erscheinen können. Schlimmsten Falls hätte Beklagter nach §. 736 Pr.O. verfahren müssen.

Der Zeuge Nikolaus Gaberdiel gab an, er habe seines Wissens dem Beklagten gerathen, den Tabak liegen zu lassen, und ihn versichert, derselbe werde am nächsten oder folgenden Tag in Empfang genommen.

4) Der Kläger hatte den Beklagten am 11. Dezember an Erfüllung des Kaufvertrags durch einen Staatsschreiber mahnen lassen, aber erfolglos. Seinem hierauf gestützten Antrag, den Kaufvertrag für aufgelöst zu erklären und den Beklagten zur Entschädigung zu verurtheilen, hielt der Beklagte entgegen, in Folge des Ausbleibens der Käufer beim Abhängen sei der Kauf nach L.R.S. 1657 kraft Gesetzes aufgelöst, sonach finde die erhobene Klage nicht statt.

Der Kläger bestritt aber die Anwendbarkeit dieses Landrechtssatzes, weil keine Frist zur Empfangnahme bedungen gewesen sei.

5) Auch über das Maaß der Entschädigung wurde gestritten, der Kläger forderte unter Bezug auf L.R.S. 1151 a die Differenz zwischen dem Ankaufspreis und dem höchsten, eventuell dem mittleren, laufenden Werth des Tabaks, vom Tage der Verzugsetzung bis zur Rechtskraft des Urtheils berechnet, vorbehaltlich der Liquidation.

Der Beklagte verwahrte sich aber gegen die Schadensberechnung nach dem höchsten laufenden Werth, da er den Tabak nicht deßhalb weiter verkauft habe, um den Kläger zu beschädigen, sondern nur, um sich vor Schaden zu wahren.

6) Den Antrag des Klägers, bei Berechnung des Durchschnittspreises nur die Tabakspreise zu berücksichtigen, welche den Ankaufspreis übersteigen, stellte der Beklagte als nicht begründet dar.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ.Sen.) änderte das unterrichterliche Urtheil unter Verfällung des Beklagten in die Kosten dahin ab,

daß der am 6. Dezember 1856 zwischen beiden Theilen über 11 Centner 22 Pfd. Tabak abgeschlossene Kaufvertrag für aufgelöst zu erklären und Beklagter schuldig sei, dem Kläger den aus der Nichterfüllung erwachsenen Schaden nach dem aus der Zeit vom 11. Dezember 1856 bis zur Rechtskraft dieses Urtheils nach zu berechnenden mittleren Tabakspreis zu ersetzen.

Gründe.

„Der Beklagte gibt vor, nicht zu wissen, ob der Kläger ihm seinen Tabak abgekauft habe, und wendet

Digitized by Google

ein, daß er den Namen des Käufers nicht erfahren und deßhalb nicht gewußt habe, wer den gekauften Tabak zu empfangen habe. Nun läßt sich allerdings nicht bestreiten, daß es im Interesse des Verkäufers liegt, den Namen des Käufers zu kennen und deßhalb liegt es dem Verkäufer ob, wenn der Käufer ihm fremd ist, sich Auskunft über dessen Person zu verschaffen. Unterläßt aber der Verkäufer dies, so darf der Käufer annehmen, entweder der Verkäufer kenne ihn oder er vertraue ihm. Allein ein wesentliches Erforderniß zur Rechtsgiltigkeit des Verkaufs ist es nicht, daß der Verkäufer den Namen des Käufers kenne, sondern dieser kann, sobald die Identität der Person anerkannt oder nachgewiesen ist, von dem Verkäufer Erfüllung seiner Zusage verlangen. Der Verkäufer, welcher unterläßt, sich über die Person des Käufers zu versläßigen, kann dadurch unter Umständen allerdings in Nachtheil kommen, allein dieß hat er dann sich selbst zuzuschreiben, vrgl. L.R.S. 1602.

Daß der Kläger den Kaufvertrag mit dem Beklagten nicht im Namen von Kaufmann und Glöcklen abschloß, diese dem Beklagten als seine Gewalthaber nicht nannte, ergibt sich aus der Vernehmlaßung, indem der Beklagte gegen die Klage einwendet, daß die Käufer weder ihren Namen noch den Namen ihres etwaigen Gewalthabers genannt haben. Gegenüber dem Beklagten gilt also der Kläger als Käufer, da er nach dem Zeugniß des Nicolaus und Valentin Gaberdiel vrgl. mit dem des, bei dem Kauf nur als Hilfsperson mitwirkenden, nach Gläsers Zeugniß in Wiesloch bekannten, Lazarus Jacobi mit dem Beklagten den Kauf abschloß.

Dieser Kauf stellt sich nach A.S. 1 als ein Handelsgeschäft dar, indem er, wie Kläger zugibt, und Lazarus Jakobi sowie Nicolaus Gaberdiel bezeugen, für ein Handelshaus, sonach offenbar zum Wiederverkauf auf Gewinn geschah. Hiernach ist gemäß A.S. 109 Zeugenbeweis zuläßig.

Daß der gekaufte Tabak für einen Dritten bestimmt war, berührt jedoch nach L.R.S. 1165 den Beklagten deßhalb nicht, weil der Vertrag von dem Kläger mit ihm nicht für diesen Dritten abgeschlossen wurde.

Zachariä, §. 415 vor Note 7.
Duranton, XVIII. No. 198. 261. 262.
Troplong, du mandat, No. 519—522. 529.

Hierauf kommt es auf Erörterung der Frage, ob der Kläger auf die Eigenschaft eines Commissionärs Anspruch habe und ob, und unter welchen Voraussetzungen etwa auch der Gewaltgeber den Kauf gegenüber dem Beklagten sich zu eigen machen könne, nicht an, ist ferner der Kläger zur Sache legitimirt und der Beklagte ihm durch den Kaufabschluß verpflichtet.

Der Beklagte wendet aber ein, der Kauf sei nach L.R.S. 1657 dadurch wieder aufgelöst worden, daß der Kläger nicht, wie er zugesagt, sofort nach dem Abhängen zum Empfang des Tabaks sich eingestellt habe. Allein da weder ein Tag zur Abholung des Tabaks bestimmt noch eine Empfangsfrist bedungen war, sondern nach des Beklagten Vortrag nur im Allgemeinen mit ihm ausgemacht worden sein soll, daß er, sobald die Witterung es erlaube, seinen Tabak abhängen und binden solle, und daß Kläger, sobald dieß geschehen, wieder kommen und denselben in Empfang nehmen solle, so fehlt es an der Voraußsetzung zur Anwendung jenes Landrechtssatzes:

Jahrb. n. F. 12. S. 164.
Troplong, de la vente ad Art. 1657. No. 675.

denn selbst, wenn dieses Geding stattgefunden hätte, so konnte Kläger, der schon am 11. zur Empfangnahme sich stellte, nicht verbunden sein, an dem ihm bekannten Tage des Abhängens sich einzustellen, sondern mit diesem angeblichen Geding sollte, wie dieses Nicolaus Gaberdiel nach seinen Erfahrungen über die herrschende Uebung auslegte, nur gesagt sein, der Tabak werde erst nach dem Abhängen (mit dem übrigen in Wiesloch gekauften) in Empfang genommen werden.

Hiernach war Beklagter nicht befugt, den Tabak am 10. Dezember, schon am zweiten Tage nach dem Abhängen, abermals zu verkaufen.

Der Vertrag ist dadurch zwar von dem Beklagten einseitig aufgehoben worden; da diese Aufhebung jedoch nicht zu Gunsten des Klägers und nicht mit seiner Einwilligung geschah, so steht ihm mit Rücksicht auf die Weigerung des Beklagten, den Kauf zu vollziehen, und abgesehen sowohl von dem erst bei der Entscheidung über die Entschädigung einschlagenden Grunde dieser Weigerung als auch von der Möglichkeit des Vollzugs nach L.R.S. 1184 immerhin das Recht zu, seinerseits die gerichtliche Auflösung des Vertrags zum Zweck der Umwandlung der Verbindlichkeit des Verkäufers in eine Entschädigungspflicht zu verlangen.

Der Beklagte hat zwar dadurch, daß er den Tabak nach dessen Verkauf an den Kläger nochmals an einen Dritten veräußerte und ausfolgte, sich vorsätzlich in die Lage versetzt, seine Verbindlichkeiten gegen den Klä-

Digitized by Google

ger aus dem Kaufe nicht erfüllen zu können, und sonach ist der Anspruch des Klägers auf Entschädigung nach L.R.S. 1146. 1147. 1149. 1152 begründet.

Da jedoch der Beklagte dem Vertrag nicht in der Absicht zuwider handelte, den Kläger zu beschädigen, sondern nur in der Absicht, sich, wenn nicht einen höheren Gewinn zu verschaffen, so doch vor Schaden zu wahren (wofür auch das Zeugniß des Burkhard Gläser spricht), so kann Kläger nach L.R.S. 1151 a nur den mittleren Werth von der Beschädigung bis zur Entschädigung ansprechen.

Jahrb. n. F. 12. S. 172. 173.

Die Entschädigungspflicht beginnt nach L.R.S. 1146 mit der Verzugsetzung, welche am 11. Dezember 1856 stattfand, und dauert nach L.R.S. 1153 bis zur Leistung der Entschädigung, d. h. bis zur Auszahlung des Unterschieds zwischen dem Kaufpreis, den der Kläger beim Vollzug des Kaufs zu zahlen gehabt hätte, und dem höheren Durchschnittsbetrag der in der Zeit vom 11. Dezember 1856 bis zur Zahlung für gleichen Tabak gezahlten Preise.

Der Kläger will jedoch nur die bis zur Rechtskraft des Urtheils sich ergebenden Preise berücksichtigt haben, kürzt also die nach dem Gesetz maaßgebende Normalfrist ab; allein die Frage, ob ihm dies zustehe, kann hier deßhalb unerörtert bleiben, weil der Beklagte gegen diesen Antrag des Klägers nichts eingewendet hat.

Dieser behält die Feststellung des Entschädigungsbetrags einem gesonderten Verfahren vor, beantragt aber jetzt schon eine Entscheidung dahin, daß etwa dabei sich ergebende Preise, die unter dem Ankaufspreis bleiben, außer Berechnung gelassen werden sollen. Bei Auffindung des Preisdurchschnitts kommt jedoch der Kaufpreis, der bei Erfüllung des Vertrags zu zahlen gewesen wäre, nicht zur Berücksichtigung, während der Durchschnitt der Preise in der Normalzeit den Maaßstab für die Größe des Schadens bildet, welcher durch die Nichterfüllung des Vertrags erwachsen ist.

Jedoch kann nicht jetzt schon eine Entscheidung darüber verlangt werden, ob solche niederere Preise bei Ermittlung des mittleren oder Durchschnittspreises (Brauer, Erläuterungen Bd. 3 S. 93) auch in Berechnung zu ziehen seien, denn es ist vorerst noch ungewiß, ob sich solche Preise überhaupt nur ergeben, und es kann nicht Aufgabe des Richters sein, für künftige Streitfälle, der Ansicht des zu ihrer Entscheidung dereinst berufenen Richters vorgreifend, zum Voraus zu entscheiden, was bei etwaigem Eintreten von zur Zeit noch ungewissen Thatsachen Rechtens sei.

Da der Kläger in der Hauptsache obsiegt, so sind nach §§. 167. 168 Pr.O. dem Beklagten die Kosten zur Last zu setzen, denn für die Anträge des Klägers, welchen nicht entsprochen wird, kann weder ein arithmetisches Verhältniß zu den Hauptstreitsachen gefunden werden, noch haben sie besondere Kosten veranlaßt." Stf.

III.

Befreiung von der Sicherheitsleistung in Handelssachen.

Pr.O. §. 183[4].

J. S. Brugger gegen Tschopp u. Steinbrenner.

Der in München heimathsberechtigte Kläger belangte die oben genannten Fabrikanten auf Haltung eines Dienstvertrags; er behauptete mit denselben einen Vertrag abgeschlossen zu haben, wornach er für die Dauer von zehn Jahren gegen eine jährliche Belohnung von 700 fl. als Cabinetmeister, das heiße, als technischer Faktor der Fabrik, engagirt sei.

Die Geschäftseigenschaft eines Cabinetmeisters geben die beklagten Fabrikanten dahin an: „daß derselbe — ohne eine kaufmännische Ausbildung besitzen, oder eine kaufmännische Prüfung bestanden haben zu müssen — als besonders geschickter und verläßiger Goldarbeiter die technischen Arbeiten der Fabrikarbeiter beaufsichtige, ihnen das Material zuwiege, die gefertigten Arbeiten abnehme, und insofern Zeit dazu, selbst solche technische Arbeiten fertige." Sie fügten bei, daß bei dem eigentlichen Handelsbetriebe (Buchführung, Ein- und Verkaufen und dergl.) der Cabinetmeister nicht betheiligt sei. Dies wurde im Wesentlichen von dem kläger'schen Anwalte zugegeben.

Auf die Klage selbst ließen sich die Beklagten nicht ein: sie schützten vielmehr, da Kläger Ausländer sei, die Einrede der fehlenden Caution vor. Der Kläger hielt sich jedoch zur Stellung einer solchen nicht für verpflichtet, weil in dem zwischen ihm und den Beklagten abgeschlossenen Vertrage eine Handelssache liege. Die Beklagten verneinten dieß, indem sie darauf hinwiesen, daß der Kläger weder Handelsmann sei, noch die von ihm angebotenen Leistungen den von ihnen, den Beklagten, betriebenen Handel irgendwie berührten.

Digitized by Google

Der Unterrichter hielt die Einrede für begründet, und gab dem Kläger die Leistung einer Sicherheit im Betrage von 100 fl. auf.

Das mittelrheinische Hofgericht hob jedoch diese Verfügung auf. Seine Entscheidung ist in folgender Weise begründet:

Die Pr.O. verordnet in §. 176, daß der als Kläger auftretende Ausländer dem Beklagten auf dessen Antrag Sicherheit leisten muß für den Betrag der Prozeßkosten, sowie für etwaige Entschädigungen. Von dieser Verbindlichkeit befreit der §. 183 den Ausländer in Rechtsstreiten über Handelssachen.

H.R.S. 1 b sagt, daß die „Gesetze über Handelssachen, „wo sie Abweichungen von dem bürgerlichen Gesetze aus„sprechen, in Handelssachen auch Rechtsähnlichkeit „für unausgedrückte Fälle geben."

H.R.S. 1 erklärt für Handelssachen „alle Rechtsverhältnisse und deßfallige Verhandlungen der Handelsleute unter sich und mit ihren Handelsverwaltern, Handlungsgehilfen, Handlungsdienern, Lehrlingen und Marktbelfern; ferner alle Rechtsverhältnisse und Verhandlungen über Handelsgeschäfte zwischen Personen aller Art;" und erkennt unter Anderem als „ein Handelsgeschäft jede Unternehmung in Manufacturen, Fabriken und Zwischenhandelsgeschäften" an.

Wenn nun gleich der Vertrag zwischen einem Fabrikanten, und einem Cabinetmeister, damit dieser die Fabrikarbeiten des Erstern in einem Arbeitssaale leite, die Arbeiter überwache, die Materialien zur Arbeit abgebe und zuwäge, die gefertigten Fabrikate in Empfang nehme, und selbst solche Fabrikate fertige, nicht als eine Unternehmung in Fabriken und Manufacturen angesehen werden kann, indem darunter nur die Herstellung und Betreibung eines solchen Unternehmens nach Außen, Dritten gegenüber begriffen wird, so erscheint doch eine Fabrik oder Manufactur als ein industrielles, Grundlage und Gegenstand des Handels bildendes, Unternehmen.

Es müssen daher auch diejenigen Personen, welche durch ihre industrielle Thätigkeit den Fortgang und Betrieb eines solchen Handelsunternehmens in einer den Geschäftskreis des Tagarbeiters weit übersteigenden Weise unterstützen und theilweise leiten, wenn sie auch nicht selbst bei dem Betriebe des Handels mit den Fabrikaten betheiligt sind, im Geiste des Gesetzes doch jedenfalls jenen Personen gleichgestellt werden, welche wie Handlungslehrlinge in ganz untergeordneter Art dem Interesse des Handels dienen.

Wenn der Gesetzgeber Rechtsverhältnisse der Handelsleute mit solchen untergeordneten Personen, wie Handlungslehrlingen, als Handelssachen betrachtet wissen will, so liegt es gewiß auch in seinem, wenn gleich nicht speciell ausgedrückten, Willen, daß die in einer hervorragenderen Weise bei dem industriellen Unternehmen einer Fabrik thätigen Personen, wie Cabinetmeister, in der rechtlichen Stellung zu ihren Vorgesetzten wenigstens nicht unter die Handlungslehrlinge herabgesetzt, sondern daß auch die zwischen ihnen und den Fabrikherrn bestehenden Rechtsverhältnisse als Handelssachen betrachtet werden.

Hiernach ist der Kläger nicht verpflichtet, in einem das Rechtsverhältniß zwischen ihm und seinem Fabrikherrn betreffenden Rechtsstreite Sicherheit zu leisten. Die Einrede der fehlenden Caution mußte daher nach §. 632 Pr.O. verworfen und das den Kläger zur Sicherheitsleistung anhaltende amtliche Erkenntniß aufgehoben werden.

Ottendorff.

IV.

Ueber den Begriff der „harten Mißhandlung" des L.R.S. 231 als Ehescheidungsgrund; insbesondere ob die s. g. Herzenshärtigkeit, und das Verlassen des einen Ehegatten durch den andern ohne daß eine Verschollenheitserklärung erfolgt, eine harte Mißhandlung in sich schließt?

Dieser Gegenstand ist so vielfach erörtert, daß es schwer sein dürfte, neue Gesichtspunkte aufzufinden. Dagegen dürfte es nicht ohne Interesse sein, wenn durch Mittheilung von gerichtlichen Entscheidungen hierüber eine Gleichförmigkeit angebahnt würde, welche jetzt wenigstens noch nicht nahe zu sein scheint.

Das mittelrheinische Hofgericht hat im Jahre 1857 in 2 Fällen, J. S. Vogt gegen Vogt, und Roller gegen Roller die Ansicht ausgesprochen *), daß eine harte Mißhandlung im Sinne des Satzes 231 in einem positiven Thun, in einem Angriffe auf den Körper bestehe, und dieß theils aus dem Wortlaute, mit welchem der Ausdruck des Urtertes sévices übereinstimme,

*) Jedoch nicht einstimmig. D. E.

theils aus der Absicht des Gesetzgebers gefolgert, welcher aus der Eheordnung nur die im L.R.S. 232a enthaltenen Ehescheidungsgründe in das Landrecht herübergenommen habe, hiemit also die Frage, ob in der sog. Herzensbösartigkeit eine harte Mißhandlung liegen könne, verneint. In dem letzten Falle, Roller gegen Roller, war eine langjährige Abwesenheit — der Mann hatte im Jahr 1851 Weib und Kind heimlich verlassen und war, da er der öffentlichen Aufforderung zurückzukehren, nicht Folge leistete, des Staats- und Ortsbürgerrechtes verlustig erklärt worden — zur Begründung der Scheidungsklage sowohl als harte Mißhandlung im Sinne des L.R.S. 231, wie als 3jährige Abwesenheit geltend gemacht worden. In letzterer Beziehung war nun von dem Gerichtshofe ausgesprochen worden, daß eine 3jährige Abwesenheit an undekannten Orten (§ 43 Ehe Ord. lit. e) zur Ehescheidung nicht genüge, wenn nicht die Verschollenheitserklärung dazu komme. *)

Die Entscheidungsgründe zu zwei oberhofgerichtlichen Urtheilen vom Jahre 1857 (J. S. Vogt gegen Vogt, und J. S. Dreher gegen Dreher) sprechen nun aus, daß auch die Herzensbösartigkeit unter Umständen als eine harte Mißhandlung angesehen werden könne. —

„Der §. 43 lit. g der Eheordnung erklärt — sagen die Entscheidungsgründe in der letzteren Ehescheidungssache — die hartnäckige, ohne vernünftigen Grund fortgesetzte, selbst durch polizeiliche Zuchtmittel nicht zu überwindende Verweigerung der ehelichen Pflichten, die s. g. Herzensbösartigkeit, für eine vollgültige Trennungsursache. Diese Bestimmung ist deßhalb, weil das Landrecht die Herzensbösartigkeit nicht mehr als eigenthümlichen selbstständigen Scheidungsgrund aufführt, keineswegs aufgehoben, vielmehr durch L.R.S. 231 wiederholt sanctionirt. Die beharrliche und grundlose Verweigerung der ehelichen Pflichten von Seiten des einen Ehegatten stellt sich nemlich (— wie auch von Auslegern des französischen Rechts anerkannt ist — Grolmann über Code Napoléon III. S. 91—94) als eine harte Mißhandlung des andern Ehegatten dar, indem zu deren Thatbestand nicht blos körperliche Thätigkeiten gehören, sondern auch solche Handlungen und Unterlassungen, welche wie jene Herzensbösartigkeit die wesentlichsten ehelichen Rechte, die Ehre und das Gefühl eines Ehegatten auf das Schwerste verletzen müssen, wenn für den freiwillig getrennt Lebenden kein erheblicher Grund für die Trennung vorhanden ist. Die Befugniß des Ehegatten darauf hin die Scheidung zu begehren, ist auch um so weniger zu bezweifeln, als er nach Erschöpfung der Beugungsgrade rechtlos erschiene, wenn er sich noch fernerhin an seine Ehepflichten gebunden erachten müßte, während der andere Ehegatte sich derselben thatsächlich entschlagen hat." —

(Folgt nun die Erörterung der Thatsachen, worans der Schluß gezogen wird, daß der beklagte Theil seine Weigerung der Rückkehr zum Kläger nicht rechtfertigen könne.)

Wendet man die von großh. Oberhofgerichte ausgesprochenen Grundsätze auf den Fall an, daß ein Mann heimlich Weib und Kind verläßt, ohne sogar die Mittel zurückzulassen, aus denen die Ernährung und Verpflegung bestritten werden könnte, so scheint mir, daß man auch in einem solchen böslichen Verlassen eine harte Mißhandlung finden müsse. Der Umstand, daß in dem Zusatz 232a zu dem L.R. nur die Verschollenheit und nicht die 3jährige Abwesenheit des §. 43e Ehe-Ord. als Scheidungsgrund aufgenommen ist, dürfte kaum entgegenstehen. Denn diese Abwesenheit und die Verschollenheit des Landrechts (Satz 115 und ff.) setzen nur das Vermißtsein des einen Ehegatten, und die erfolglose Bemühung, Kunde von ihm zu erlangen, voraus. Der Abwesende kann dabei aus ganz erlaubten, ja ehrenhaften Gründen abgereist sein, ohne die Absicht gehabt zu haben, sich den Verpflichtungen, welche ihm die Ehe auflegt, zu entziehen, und kann durch einen Zufall außer Stand gesetzt worden sein, den Seinigen Kunde von sich zu geben. — Anderst ist aber der Fall *), wenn ein Ehegatte entweder gerade in der Absicht sich diesen Verpflichtungen zu entziehen, den heimathlichen Heerd verläßt, oder aber, wenn er auch einen Zweck verfolgte, mit gänzlicher Hintansetzung seiner ernsten Verpflichtungen, welche ihm ebenso Ehre und Religion, wie im VI. Kapitel V. Titel 1. Buch des L.R., das bürgerliche Gesetz auflegt, die Seinen in Noth und Elend zurücklässt. Sollte in einem solchen Falle, in welchem böswillig oder leichtsinnig nicht nur „die wesentlichsten, sondern geradezu alle ehelichen Rechte des Zurückgelassenen und dessen Ehre und Gefühl auf das Schwerste verletzt" werden, wenn man die erwähnten Grundsätze des Oberhofgerichts zur Anwendung bringt, nicht ebenfalls eine harte Mißhandlung als vorhanden angenommen werden dürfen?

Ottendorff.

*) Diese Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts erging J. S. Rieder gegen Rieder. Annalen 1856. S. 302. D. E.

*) Diese Fälle sind bei den heimlichen Auswanderungen nach Amerika gar nicht selten! D. E.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 51.**

I.

Rechtsfall zur Erläuterung des Thatbestandes der Vergehen der Widersetzlichkeit, der Körperverletzung im Sinne des §. 227 und des Versuchs der Körperverletzung im Sinne des §. 225 des Str.G.B.

§§. 615, 106. 98, 113 Str.G.B.

Johann Heid war wegen mehrerer dienstlichen Handlungen gegen den Gendarmen Bahr aufgebracht. Als der Letztere im August 1857 auf einem Patrouillengange Abends in Kappelrodeck einkehrte, verabredete sich Heid mit einem Kameraden, Joseph Stockinger, dem Bahr auf seinem Heimwege nach Achern auf den Weg zu stehen. Heid war Anstifter des Unternehmens. Nach Aeußerungen, welche die Angeschuldigten vor und nach der That fallen ließen, war der Zweck des Unternehmens, „dem Gendarmen den Buckel voll zu schlagen“ und nahm das Gewehr zu nehmen und es zu „mazgen“ (es zu verschlagen, zu vernichten).

Nachdem Heid und Stockinger sich überzeugt hatten, daß Bahr das Wirthshaus verlassen und den Rückweg in der sehr finstern Nacht eingeschlagen habe, eilten sie ihm auf einem Umwege voraus; unterwegs nahmen sie einen über sieben Fuß langen, sehr schweren Rebpfahl zu sich, und paßten so den Gendarmen ab. Gendarm Bahr nahm das Herannahen zweier Personen wahr. Auf seine an dieselben gerichtete Frage: wo her sie noch so spät kämen? wurde ihm von einem der beiden Angeschuldigten *), welche den Gendarmen an seiner Dienstkleidung erkannt hatten, mit dem Rebpfahl ein so heftiger Schlag auf den Kopf versetzt, daß er bewußtlos zusammenstürzte. Als er wieder zur Besinnung kam, lag er in dem neben dem Wege herziehenden Wassergraben, und vermißte sein Dienstgewehr und seinen Hutagan. Der Letztere lag unweit der That in dem Wassergraben, das Erstere wurde auf einem von dem Thatplatze ziemlich entfernten Acker, jedoch unverletzt gefunden, wohin es einer der Angeschuldigten warf, nachdem die schnell begonnene Verfolgung sie an Weiterem verhindert hatte.

Die Pickelhaube, welche Gendarm Bahr auf seiner Patrouille trug, war durch den heftigen Schlag in der Art beschädigt, daß der fast 2 Linien dicke mit einer ½ Linien starke Messingscheide umzogene Lederschild einen Sprung erhalten hatte, und der Beschlag an der entsprechenden Stelle stark verbogen war. Bahr war durch die Kopfbedeckung vor schwerer Körperverletzung bewahrt geblieben. Gleichwohl hatte er noch eine Hautabschürfung auf der Stirne und eine Anschwellung dieser, so wie des einen Augenliedes davon getragen, welche weder Arbeitsunfähigkeit, noch Krankheit zur Folge hatten. Das gerichtsärztliche Gutachten sprach sich aber dahin aus: „es müsse der Schlag mit solcher Heftigkeit geführt worden sein, daß derselbe ohne den dem Getroffenen durch die Pickelhaube gewährten Schutz Hirnschalenbruch mit Eindruck, und somit eine dem Leben desselben gefährliche Wirkung würde hervorgebracht haben.“

Dieß ist im wesentlichen das Ergebniß der Untersuchung.

Es erhoben sich sofort die Fragen, ob Heid und Stockinger des Verbrechens der Widersetzlichkeit und des Versuchs einer mit Vorbedacht ausgeführten Körperverletzung im Sinne des §. 225, deren sie angeschuldigt waren, oder nur der Mißhandlung, einer Körperverletzung im Sinne des §. 227 Str.G.B. und der rach-

*) Durch die Untersuchung konnte nicht ermittelt werden, welcher der beiden Angeschuldigten den Rebpfahl zu sich genommen und den Schlag auf den Kopf des Bahr geführt hat, indem Jeder den Andern beschuldigte. D. E.

Digitized by Google

süchtigen Beschädigung für schuldig zu erklären seien?

Das mittelrheinische Hofgericht hat mit Stimmenmehrheit dahin zu Recht erkannt:

„J. Heid und J. Stockinger seien der gegen Gendarm Bahr verübten Körperverletzung (im Sinne des §. 227 Str.G.B.) und zugleich der versuchten rachsüchtigen Beschädigung an seiner Dienstwaffe für schuldig zu erklären, und deßhalb J. Heid zu einer (geschärften) Kreisgefängnißstrafe von sechs — J. Stockinger zu einer solchen von fünf Monaten — — — zu verurtheilen."

Nachdem das Thatsächliche des Falles, wie es Eingangs dieses Aufsatzes in Kürze mitgetheilt wurde, geschildert ist, fahren die

Entscheidungsgründe

also fort:

„Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden Angeschuldigten nach vorausgegangener Verabredung den Gendarm Bahr in dem unbestimmten Vorsatze, ihn zu mißhandeln oder an dem Körper zu verletzen mit vorbedachtem Entschlusse mittels eines lebensgefährlichen Werkzeugs an seinem Körper beschädigt haben.

Wer von beiden den Schlag auf den Kopf des Gendarmen geführt, konnte zwar durch die Untersuchung nicht ermittelt werden, ist jedoch bei dem für eine verbrecherische Verbindung gelieferten Beweis insofern von keiner großen Erheblichkeit, als ein Theilnehmer an einem Verbrechen gemäß §. 125 des Str.G.B.; selbst bei bloßer Anwesenheit bei Verübung der That (wenn sie in Folge vorausgegangener Verabredung stattfand), von der dem Verbrechen gedrohten Strafe getroffen werden kann. Allerdings aber erscheint bei der Strafausmessung die Eigenschaft des Angeschuldigten Heid, als Anstifters von Erheblichkeit. §. 126 des Str.G.B.

Ob mit dem Verbrechen der Körperverletzung dasjenige der Widersetzlichkeit concurrire, ist eine Frage, die verneint werden muß, wenn man, abgesehen von den Fällen strafbarer Fahrlässigkeit den für alle Verbrechen geltenden Grundsatz in's Auge faßt, daß jedes Verbrechen einen verbrecherischen Willen voraussetzt.

Die Absicht und der Wille der Angeschuldigten bei der dem Gendarmen zugefügten Mißhandlung war aber nicht darauf gerichtet, denselben in der Ausübung einer Dienstverrichtung gewaltsam zu hindern, ihr Plan war vielmehr lediglich nur auf die Mißhandlung des Gendarmen zur Befriedigung eines persönlichen Rachegefühles gerichtet." —

Es wird nun weiter ausgeführt, „daß die Angeschuldigten sich des Gewehrs nur in der Absicht bemächtigt haben, um durch dessen Zerstörung dem Gendarmen einen empfindlichen Schaden zuzufügen. Diese That der Angeschuldigten bildet den Anfang der Ausführung ihres Vorhabens, sohin den nicht beendigten Versuch des Verbrechens der rachsüchtigen Beschädigung u. s. w."

Darüber herrschte kein Streit, ob nicht etwa die Beschädigung der Pickelhaube in den Bereich des Urtheils zu ziehen sei, da es offenbar gewesen ist, daß diese Beschädigung nicht Gegenstand des verbrecherischen Willens der Angeschuldigten war. Wohl aber fand darüber eine Meinungsverschiedenheit unter den Votanten statt, ob nicht der Thatbestand des Verbrechens der Widersetzlichkeit vorhanden sei. Ein Stimmführer, welcher diese Ansicht vertrat, führte, wohl nicht ganz ohne Grund, aus, darauf komme es nicht an, mit welchem Vorsatze sich die Angeschuldigten an den Ort der That begeben haben, sondern darauf, mit welchem Entschlusse sie die Gewaltthätigkeit an den Gendarmen verübten, welcher sie in dienstlicher Weise, in der Erfüllung seiner Pflicht bei einer Patrouille fragte, woher sie in so später Nacht noch kämen. Hier — so wurde ausgeführt — handelte der Gendarm in Vollzug seines Amtes. Die Angeschuldigten, welche ihn trotz der herrschenden Dunkelheit wohl erkannten, waren nun verpflichtet, dem Gendarmen, der zum Zwecke der öffentlichen Sicherheit den nächtlichen Rundgang machte, und die Frage an ihn unbekannte Personen richtete, zu antworten, und ihm dadurch die Möglichkeit zu verschaffen, gegen sie seinen Sicherheitsdienst zu üben, oder sie ihres Weges weiter ziehen zu lassen, wenn er sie als ungefährliche Personen erkannt hätte. Diese Ausübung seiner Dienstpflicht haben sie ihm dadurch unmöglich gemacht, daß sie ihn niedergeschlagen haben. Würden die Angeschuldigten — so schloß dieser Stimmführer — ohne die Verabredung den Gendarmen zu mißhandeln, an Ort und Stelle gekommen sein, und ihn auf seine Anrede und Frage niedergeschlagen haben, so hätten sie ohne Zweifel der Widersetzlichkeit für schuldig erkannt werden müssen. Nun aber, da sie mit einem verbrecherischen Vorsatze an den Ort der That kamen, ist doch gewiß deßwegen noch weniger Grund vorhanden, anzunehmen, daß sie keine Absicht gehabt hätten, dem Gendarmen seine

Digitized by Google

Nachforschung durch ihre Gewaltthätigkeit zu verhindern, sondern nur die, ihn zu mißhandeln.

Dieser Ausführung wurde aber hauptsächlich entgegengehalten, daß die Gewaltthat der Verabredung gemäß erfolgt wäre, wenn auch Gendarm Bahr die Angeschuldigten nicht angeredet hätte: „das dienstliche Einschreiten des Gendarmen hat den Anfall nicht hervorgerufen; dieser Anfall war keine Erwiederung auf die gestellte Frage, sondern die Ausführung eines schon vorher gefaßten, auf Körperverletzung gerichteten Planes; ihm lag daher nicht die Absicht zu Grunde, den Gendarmen in Ausübung seines Dienstes zu hindern."

Vielleicht noch schwieriger ist die Frage, ob hier eine versuchte Körperverletzung schwerer Art oder die vollendete Körperverletzung des §. 227 Str.G.B. vorliegt. Der Gerichtshof hat sich für das Letztere entschieden.

Erwägt man jedoch — namentlich im Hinblick auf das gerichtsärztliche Gutachten — die außerordentliche Heftigkeit des Streichs, und zwar nach dem Kopfe des Bahr, die Schwere und Länge des gebrauchten Werkzeugs, und ganz insbesondere den Umstand, daß keiner der Angeschuldigten betrunken oder im Affecte war, sondern daß sie im Zustande kalter Ueberlegung, im eigentlichen Vorbedachte gehandelt haben, so kann man wohl zu der Ansicht gelangen, daß die Absicht der Angeschuldigten weiter ging, als dem Gendarmen Bahr die unbedeutende Verletzung an der Stirne zuzufügen, welche er davon trug, daß sie einen anderen als den nur „unbestimmten Vorsatz, ihn zu mißhandeln oder an dem Körper zu verletzen," hatten.

Die Gründe, welche den Gerichtshof zu dieser milden Auffassung bewogen, waren die Aeußerungen der Angeschuldigten, daß sie dem Gendarmen „den Buckel voll schlagen" wollten, daß sie vielleicht auch in der Pickelhaube einen Schuß gegen den Streich sahen. Sie waren daher thatsächlicher und nicht rechtlicher Natur. —

Dieser Fall gibt Veranlassung zur Prüfung einer über den unbestimmten Vorsatz bei Körperverletzung in vielen Untersuchungen durchleuchtenden Ansicht, *) wornach hier jeweilen der Erfolg entscheide. Dieser Ansicht wird der Eingang des §. 225. 232 in Verbindung mit §. 98 Str.G.B. mit gänzlicher Nichtachtung des §. 113 a. E. zu Grunde gelegt. Ich halte sie für durchaus unrichtig.

Die eingetretene Körperverletzung — der Erfolg — muß, wenn sie dem Thäter zur vollen Verschuldung angerechnet werden soll, in dem, wenn auch unbestimmten, aber immerhin in dem Vorsatze des Thäters ihren Grund haben; der Erfolg der That muß mit dem Willen des Thäters in einem urſächlichen Zusammenhange stehen. Tritt ein schwererer, als der beabsichtigte Erfolg ein, so kommt §. 234 Str.G.B. zur Anwendung. *)

War aber eine schwere Körperverletzung beabsichtigt, und dieselbe ist gegen den Willen des Thäters nicht, sondern nur ein geringerer Grad der Körperverletzungen durch die That erzielt worden, dann treten auch bei dem unbestimmten Vorsatze die Grundsätze vom Versuch ein. Denn wenn auch der Vorsatz insofern unbestimmt ist, daß er mehrere specielle Gattungen schwererer Beschädigungen in sich begreift, so ist er doch insofern bestimmt, daß nur schwerere und nicht leichtere Verletzungen beabsichtigt worden sind, z. B. es schießt Jemand mit einer Ladung grober Schrote seinem Nebenbuhler nach den Beinen, um ihn zu Besuchen des geliebten Mädchens untauglich zu machen: er trifft ihn aber nur mit einem Schrote, das nicht verwundet, sondern nur eine Quetschung hervorruft. Hier hat der Thäter die Mißhandlung gar nicht beabsichtigt — sie liegt außer seinem Willen, — sondern eine eigentliche Körperverletzung. Sein Wille war unbestimmt, insoweit daß es ihm gleichgiltig war, ob er eine Körperverletzung der Ziff. 3. 4 oder 5 des §. 225 Str.G.B. bewirke; aber eine solche Körperverletzung hat er angestrebt, und insoweit war sein Mittel bestimmt. Daß er ihn nicht durchgesetzt hat, lag nicht in ihm, „sondern in andern dazwischen getretenen Umständen." §. 107 Str.G.B. Es liegt daher der Versuch einer schwereren Körperverletzung vor; auf welchen ungeachtet des eingetretenen geringen Erfolges nach §. 113 a. E. erkannt werden mußte.

Otteudorff.

*) Welche natürlich der Gerichtshof im vorliegenden Falle nicht hatte. D. E.

*) Man vergleiche den Aufsatz der Annalen dieses Jahrgangs No. 33. D. E.

Digitized by Google

II.

Theilungssache.

1) Wenn die im Inventar enthaltene Schätzung der Liegenschaften von den Erbsinteressenten als richtig anerkannt worden ist, so kann die darauf gebaute Theilung in der Folge nicht mehr wegen zu geringer Taxation und daher rührender Verletzung über ein Viertheil angefochten werden.

2) Ein im gerichtlichen Verfahren auf Antrag des Klägers über den Werth der Liegenschaften erhobenes Gutachten von Sachverständigen ist an und für sich nicht geeignet, die dem Inventar beigefügte Schätzung der perpflichteten Taxatoren als unrichtig darzustellen und durch eine höhere Werthung den Beweis der behaupteten Verletzung zu liefern.

Lehn gegen Gauggel.

Zu Anfang des Jahres 1845 übergaben die Sebastian Gauggel'schen Eheleute zu Altheim (im Seekreise), unter Vorbehalt eines Nothpfennigs und Leibgedings, ihr Vermögen an ihre fünf Kinder zu unwiderruflichem Eigenthum. Es wurde zu diesem Behufe am 15. Februar 1845 sowohl das liegende als fahrende Vermögen aufgenommen und abgeschätzt. Als Schätzer waren zwei Gemeinderäthe nebst dem Waisenrichter des Orts beigezogen, welche der Notar noch besonders auf ihre Pflichten aufmerksam gemacht hat. Die Liegenschaften wurden zu 12,418 fl. und die Fahrnisse zu 1750 fl. 20 kr. angeschlagen. Nach Abzug der Schulden von 2475 fl. 27 kr. blieb, mit Hinzurechnung eines Vorempfangs der an Johann Georg Lehn verehelichten Tochter Maria, ein reines Vermögen von 12,492 fl. 53 kr. zu vertheilen.

Am Schlusse der Vermögensaufnahme heißt es:

„Vorstehendes Geschäft hat man sämmtlichen Betheiligten, Schätzer und Zeugen, deutlich vorgelesen, worauf sie, nachdem sie alles genehmigt haben, auf geschehene Einladung mit mir, dem Distriktsnotar, sich eigenhändig unterzeichnen."

Hierauf folgen die Unterschriften der Betheiligten, worunter auch J. G. Lehn, sodann jene der Schätzer, der Zeugen und des Notars.

Am 18. Februar 1845 wurde zur Theilung selbst geschritten. Die übernehmenden zwei Söhne Johann und Johann Georg Gauggel erhielten die Auflage, die übrigen 3 Geschwister in Geld auszuliefern und namentlich an die Lehn'sche Ehefrau, welche bereits 800 fl. vorempfangen hatte, 400 fl. zur Gleichstellung auszuzahlen.

Mit diesem Operat erklärten sich die Betheiligten wieder zufrieden, die Lehn'schen Eheleute ausgenommen, welche gar nicht erschienen waren.

Bei der am 22. Februar 1845 den Lehn'schen Eheleuten nachträglich gemachten Eröffnung verlangten dieselben dem Geschäfte ihre Anerkennung und behielten sich ihre gerichtlichen Schritte vor.

Dessenungeachtet kam die Uebergabe und Theilung zum Vollzug.

Von den Uebergebern starb der Vater im März 1851 und die Mutter im Juni 1855.

Erst nach dem Tode beider Eltern erhob J. G. Lehn, Namens seiner Ehefrau, eine Klage auf Umstoßung der Uebergabe und Theilung von 1845 wegen Verletzung über ein Viertheil, welche daher rühren soll, daß die am 15. Februar 1845 auf 12,418 fl. taxirten Liegenschaften damals schon einen Werth von wenigstens 18,000 fl. gehabt hätten. R.R.S. 887. 1079.

Um den ihm hierüber auferlegten Beweis zu führen, beantragte der Kläger eine Abschätzung der Liegenschaften durch Sachverständige, deren Ernennung mit Zustimmung der Gegner dem Gerichte überlassen wurde, welches auswärtige Personen als Schätzer berief.

Die gehörig instruirten und beeidigten Experten schätzten nun in ihrem gemeinschaftlichen Gutachten vom 6. September 1856 die Liegenschaften auf 13,987 fl. 28 kr. und erklärten die Schätzung von 1845 deßhalb für eine unrichtige, weil sie den damals herrschenden Güterpreis nicht angemessen sei.

Auf den Grund dieser neuen Schätzung und der mangelnden Genehmigung des Uebergabegeschäfts von Seiten der Lehn'schen Eheleute erkannte der Unterrichter am 18. Januar 1857 nach dem Klagbegehren, wogegen von den 4 Beklagten nur Georg Gauggel appellirte, und zwar mit dem Erfolge, daß ihm gegenüber durch hofgerichtliches Urtheil vom 11. August 1857 die Klage abgewiesen wurde.

Durch die Oberappellation des Klägers gelangte die Sache an den höchsten Gerichtshof, welcher aber das hofgerichtliche Urtheil bestätigte.

Vor allem fällt auf, daß die auswärtigen Ex-

Digitized by Google

derten im Jahr 1856 den wahren Güterwerth von 1845 besser gefunden zu haben vermeinen, als die einheimischen Schätzer im Jahr 1845 selbst. Sodann ist bemerkenswerth, daß die neuerliche Schätzung nicht dem angeblichen Gutswerth von 18,000 fl. gleichkommt, sondern 2032 fl. 37 kr. weniger beträgt und dahier den Anschlag von 1845 nicht um 5582 fl., sondern nur um 3549 fl. 23 kr. übersteigt. Eine andere Summe der Verkürzung müßte sich aber ergeben, wenn man einen Gutswerth von 18,000 fl., als wenn man einen solchen von 15,967 fl. 23 kr. zum Grunde legt. Der Kläger hat indessen die Verletzung weder nach der einen noch nach der andern Grundlage berechnet und nirgends die Summe angegeben, um welche seine Frau durch die elterliche Theilung verkürzt worden sein soll.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe erklären auch den Beweis der Klagbehauptung für mißlungen, indem sie sagen:

„Bei Aufnahme des Vermögensverzeichnisses vom 15. Februar 1845 wurde der Werth der zu übergebenden Liegenschaften nicht etwa blos von den Betheiligten selbst oder von beliebigen, nicht verpflichteten Dritten, sondern durch drei verpflichtete Schätzer bestimmt, welche zuvor ausdrücklich auf ihre Pflichten durch den Notar aufmerksam gemacht worden waren; auch wurde von Seiten der Betheiligten, in deren Gegenwart die Schätzung vorgenommen wurde, keine Einwendung dagegen erhoben. Deßhalb muß bis zum Beweis des Gegentheils angenommen werden, daß die Schätzer ihre Pflicht erfüllt und die Liegenschaften dem damaligen Güterwerth entsprechend taxirt haben. Dieser Gegenbeweis wird aber dadurch allein nicht geführt, daß jetzt drei andere verpflichtete Sachverständige den damaligen Werth der übergebenen Liegenschaften höher schätzen, weil damit nur zwei Gutachten einander gegenüber stehen, ohne daß man berechtigt ist, dem neueren Gutachten einen Vorzug vor dem früheren zu geben. Im Gegentheil waren die früheren Schätzer weit eher in der Lage, nach den damaligen Preisen und den damaligen Zustände der Liegenschaften, deren wahren Werth zu finden, als die jetzigen, welche selbst anerkennen, daß ihnen kein geeignetes Material zu Gebot stand, um durch Vergleichung anderer Liegenschaftsveräußerungen aus jener Zeit den damaligen Güterwerth festzustellen, und daß ihnen deßhalb keine andere Wahl geblieben sei, als nach genommener Localinspection der Güter selbst eine freie Schätzung über den Werth derselben anzumitteln.

Daß aber die früheren Schätzer mit Verletzung ihrer übernommenen Pflichten wissentlich und absichtlich unrichtig geschätzt haben, oder daß bei ihrer Schätzung ein wesentlicher Irrthum unterlaufen sei, dafür ergibt sich kein Beweis aus den in dem neuen Gutachten angeführten Thatsachen, auch wurde in dieser Richtung die erhobene Klage nicht begründet und es erscheint somit der Beweis der behaupteten Verletzung der klagenden Ehefrau über ein Viertheil nicht erbracht.

Die Vermögensübergabe ist aber auch nicht um deßwillen unwirksam, weil dieselbe von der klagenden Ehefrau nicht anerkannt wurde, da eine Einwilligung aller Kinder zu einer elterlichen Theilung überall nicht erforderlich ist, wie sich aus der Natur dieses Rechtsgeschäfts und den Bestimmungen in L.R.S. 1075 ff. klar ergibt."

In der oberhofgerichtlichen Schlußverhandlung machte der Anwalt des Beklagten, zur Widerlegung der gegentheiligen Beschwerde, noch besonders geltend, daß der Kläger die Schätzung vom 15. Februar 1845 schon um deswillen nicht mehr anfechten könne, weil er dieselbe, obgleich als Vertreter seiner Ehefrau dabei anwesend, mit keiner Silbe beanstandet und sie sogar mit den übrigen Betheiligten urkundlich genehmigt habe; beruhe sonach das Theilungsgeschäft vom 18. Februar 1845 selbst auf einer vom Kläger als richtig anerkannten Grundlage, so sei die Umstoßungsklage wegen Verletzung über ein Viertel offenbar unbegründet.

Das großh. Oberhofgericht adoptirte diese Auffassung und fügte den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen einen darauf bezüglichen Zusatz bei:

„Hierdurch ist jedoch der bei einer andern Gelegenheit aufgestellte Satz: daß in der unterschriftlichen Anerkennung der Theilungsurkunde noch überall kein Verzicht auf die Umstoßungsklage liege, vielmehr diese Vollendung des Theilungsgeschäftes die nothwendige Voraussetzung dazu bilde (Annalen XXIII. 11), nicht alterirt, sondern nur zwischen Inventar und Theilung gehörig unterschieden, sofern die Anerkennung der Letzteren für unbegründet erklärt, weil sie lediglich darin besteht, daß die Taxation von 1845 zu Grunde sei, während doch der Kläger das in seinem Beisein errichtete Inventar, welches die Taxation enthält, dem ganzen Inhalt nach genehmigt hat. Der Theilungsakt vom 18. Februar 1845 ist nicht deßhalb angefochten, weil er

Digitized by Google

durch sich selbst der Lehn'schen Ehefrau eine Verletzung zufüge; sondern lediglich aus dem Grunde, weil die Schätzung vom 15. Februar 1845, welche dem Theilungsacte zur Basis dient, unrichtig, d. h. dem damaligen Werth der übergebenen Liegenschaften nicht entsprechend sei. Steht aber diese Basis fest, so muß auch die darauf gebaute Theilung, welcher selbst kein Fehler zum Vorwurf gemacht wird, in Kraft bleiben.

D. R.

III.

Streitfrage.

1) In Anklagen wegen falscher Beschuldigungen, Verläumdungen und Ehrenkränkungen, welche außerhalb der Presse verübt wurden, muß nicht nothwendig ein bestimmter Strafantrag gestellt werden.
2) Ist aber im einzelnen Falle ein bestimmter Antrag gestellt worden, so fragt es sich, ob das Gericht denselben von Amtswegen überschreiten darf?

Nur in Bezug auf Preßvergehen ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Anklage den Antrag auf Schuldigerklärung und das Maaß der Strafe enthalten muß; so wie, daß der Richter auf keine höhere als die beantragte Strafe erkennen kann. Preßgesetz §. 41 und 54.

Zu den Vergehen, welche nur auf Anklage gerichtlich verfolgt und bestraft werden können, gehören unter anderen die falschen Beschuldigungen, Verläumdungen und Ehrenkränkungen, gleichviel ob sie mittelst der Presse oder außerhalb derselben verübt wurden. St.G.B. §. 315.

Nur von der letzteren Gattung soll hier die Rede sein.

Man ist darüber einig, daß solche Anklagen, welche kein Preßvergehen zum Gegenstande haben, einen Antrag auf das Maaß der Strafe stellen können aber nicht müssen.

Fehlt es daran im gegebenen Falle, so bestimmt das Gericht die Strafe nach dem Gesetz.

Wie ist es aber zu halten, wenn die Anklage einen bestimmten Strafantrag enthält? Ueber diese Frage sind die Meinungen getheilt. Die eine geht dahin, daß der Richter an den blos facultativen Antrag in keiner Weise gebunden und insbesondere nicht gehindert sei, eine höhere als die beantragte Strafe zu erkennen. Es wird dafür angeführt, daß das Verbot des Preßgesetzes, als Ausnahme von der Regel, vermöge welcher der Richter die Strafe auszumessen hat, auf andere Vergehen, deren Bestrafung durch eine Anklage bedingt werde, nicht anwendbar sei, indem es bei diesen an der Bezeichnung des Verbrechens, sowie des darauf anzuwendenden Gesetzes schon genüge und keines Strafantrags bedürfe. St.P.O. §. 216. 332. Einf.Ges. §. 85 und 101.

Die andere Meinung vindicirt dem Beleidigten das Recht, die zu erkennende Strafe in der Anklage zu beantragen und bestreitet überall, wo ein bestimmter Strafantrag gestellt wurde, dem Richter die Befugniß, darüber hinaus zu gehen und den Angeklagten härter zu bestrafen als der Ankläger begehrt hat, weil hier kein öffentliches Verbrechen, das der Richter von Amtswegen zu bestrafen hätte, in Frage steht, sondern ein Privatdelict, welches unbestraft bleibt, wenn der Beleidigte von seinem Rechte keinen Gebrauch macht. Dieser Ansicht steht folgende Betrachtung zur Seite:

Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß der Richter den Strafantrag nicht überschreiten darf, weil es unzweifelhaft in dem Belieben des Beleidigten steht, die gerichtliche Verfolgung des Beleidigers ganz zu unterlassen, oder die bereits eingeleitete wieder aufzugeben, oder doch mit einer geringeren Genugthuung sich zu begnügen, als diejenige ist, wozu er nach dem Gesetz berechtigt wäre. Durch den Antrag auf das Mindere ist im Voraus auf das Mehr verzichtet. Wenn der Richter über den Antrag hinausgeht, so verläßt er seine unbefangene Stellung und tritt selbst als Ankläger auf. Der Angeklagte bekommt dadurch einen zweiten Gegner, welchen er erst aus dem Urtheile kennen lernt, ohne daß er sich vorher gegen denselben vertheidigen konnte.

Gegen die bejahende Meinung wendet man ein:

Die Behauptung, daß der Richter an die Anträge der Anklage nicht gebunden sei, ist nur insofern, als kein bestimmter Strafantrag gestellt wurde, sonst aber blos in dem Sinne richtig, daß er nicht nothwendig die beantragte Strafe erkennen muß, sondern nach Beschaffenheit des Falles auch eine andere, jedoch nur gleichmäßige oder geringere Strafe und selbst Freisprechung eintreten lassen kann,

Digitized by Google

indem dadurch der Grundsatz „ne ultra petitum“ nicht verletzt wird.

Auch wird es kaum der Bemerkung bedürfen, daß der Antrag auf eine ungesetzliche Strafe, wie z. B. körperliche Züchtigung, als nicht gestellt zu betrachten und dafür die im Gesetz gedrohte Strafe vom Richter auszusprechen ist.

Allein da, wo ein zulässiger Antrag auf ein bestimmtes Maas gestellt wurde, soll der Richter nur erwägen, ob dasselbe nicht zu hochgegriffen ist, statt selbst noch höher zu steigen und dem Beleidigten eine größere Genugthuung aufzudringen, als dieser selbst haben will. Was geht es den nur auf Anklage einschreitenden Richter an, wenn der Beleidigte, welcher mit Recht eine Kreisgefängnißstrafe von 6 Monaten beantragen könnte, in einer Amtsgefängnißstrafe von 3 Tagen hinreichende Genugthuung findet? Wie sollte der Richter berechtigt sein, dem Ankläger mehr zuzusprechen, als dieser begehrt hat, obgleich es sich hier ganz offenbar nur um ein Privatrecht, nemlich um das Recht der Genugthuung handelt, die der Beleidigte (oder wer an seine Stelle aufzutreten berechtigt ist) allein fordern oder nachsehen kann. Wenn der Civilrichter einer Partei mehr zuerkennt, als sie begehrt hat, so begeht er eine Nichtigkeit. Pr.O. §. 336 und 1128. No 5.

Auch der Strafrichter soll nach §. 246 Abs. 1 der St.P.O. den Ankläger nicht überbieten.

Die hierin enthaltene Vorschrift ist, nach § 91 Abs. 3 des Einf.Ges., auf die den Geschworenen zu stellenden Fragen anwendbar.

Sie gilt aber, wie natürlich, nicht blos für die Schwurgerichte, sondern auch für andere Gerichte, welche über Anklagen zu entscheiden haben. Vrgl. Bekk, Anmerkungen zum Einf.Ges. vom 3. Februar 1851 S. 73 und Erläuterungen zum Preßgesetz §. 53. S. 100 u. 101.

Will man noch bedenken, daß der Beleidigte bis zum Eintritt der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses die Anklage zurücknehmen und selbst von der Rechtskraft des Urtheils angerechnet innerhalb 4 Wochen auf den Vollzug verzichten kann (St.G.B. §. 322 u. St.P.O. §. 343), so muß man gewiß zugeben, daß der Richter keine Ursache hat, den Angeklagten strenger zu behandeln, als dessen Gegner beantragt.

Nun sagt man aber, alles dies gelte auch bei den durch §. 332 der St.P.O. den Ehrenkränkungen gleichgestellten Körperverletzungen von der im §. 238 des St.G.B. bezeichneten Art, ohne daß der Richter hiebei an den etwaigen Strafantrag des Verletzten gebunden sei.

Dieser Einwurf gleicht beiläufig einer petitio principii weil erst bewiesen werden müßte, daß sich das Gericht bei Anklagen wegen Körperverletzungen über die Strafanträge beliebig hinaussetzen dürfe. Gerade die Gleichstellung der leichteren Körperverletzungen mit den Ehrenkränkungen fordert in Bezug auf unsere Frage die gleichmäßige Behandlung derselben. Nach den seit 1851 gemachten Wahrnehmungen läßt sich höchstens behaupten, daß die Verletzten die Ausmessung der Strafe in der Regel dem Richter überlassen und keinen bestimmten Antrag stellen.

Aus der Seltenheit der Strafanträge darf aber nicht auf die Bedeutungslosigkeit derselben geschlossen werden.

Endlich berufen sich die Vertheidiger der bejahenden Meinung noch darauf, daß auch bei andern Vergehen, im Falle der Anschließung, der Beschädigte nach §. 329 und 332 der Str.Pr.O. mit seinen Anträgen hinsichtlich des Strafpunktes gehört werde, ohne daß sich der Richter darnach zu achten habe.

Dieses Argument zerfällt aber schon durch die Erwägung, daß hier theils von jenen Verbrechen, welche von Amtswegen oder mit andern Worten, im öffentlichen Interesse untersucht und bestraft werden, theils von solchen Vorschriften des Verfahrens die Rede ist, welche die bisher besprochene Streitfrage nicht entfernt berühren, vielweniger darüber entscheiden.

Dem Bisherigen zufolge scheinen gewichtigere Gründe für die Verneinung der in der Aufschrift unter No. 2 gestellten Frage zu sprechen, als für die Bejahung derselben.

D. R.

IV.

Beschwerdesumme bei jährlichen Leistungen.

Housteten gegen Georg.

Die Klage war lediglich auf Anerkennung der Gültpflicht gerichtet und überall nicht begehrt, daß die Beklagten zur Leistung etwa verfallener oder während des Prozesses verfallender Gültbeträge verurtheilt werden sollen.

Um die Sache in die dritte Instanz zu bringen, wozu eine Beschwerdesumme von 1000 fl. erforderlich, zu deren Nachweisung sich der obervppellantische Anwalt darauf berief, daß in erster Instanz beide Theile den Werth des Streitgegenstandes zu 1000 fl. angegeben hätten. Allein

diese nur zum Behuf der Exportulirung gemachte Angabe konnte an und für sich und noch befandets darum nicht maßgebend sein, weil in der Klage 70, in der Appellationsbeschwerdeschrift hingegen nur noch 46 Centsten begehrt wurden, wodurch sich der Streitgegenstand verminderte.

In Folge richterlicher Auflage brachte der oberappellantische Theil eine Berechnung bei, nach welcher das zufolge §. 1127 No. 6 der Pr. O. in Anschlag kommende Kapital nur 849 fl. 58 kr. beträgt

Diese für sich selbst unzureichende Summe wollte nun durch Hinzuschlagung der von der Klagerhebung bis zur Verkündung des hofgerichtlichen Urtheils mit 164 fl. 50 kr. verfallenen Gültbeträge auf 1014 fl. 48 kr. erhöhet werden.

Die oberhofgerichtliche Minorität hielt auch wirklich nach Analogie des §. 1127 No. 2, wo von Zinsen und Früchten die Rede ist, das Rechtsmittel für zulässig, welches aber von der Majorität wegen Mangels des nöthigen Beschwerdesumme als unstatthaft verworfen wurde, weil die zu 164 fl. 50 kr. berechneten Beträge nicht eingeklagt sind. D. R.

V.

Literaturbericht.

Handbuch für badische Juristen, eine Sammlung der für die badische Civilpraxis wichtigsten Gesetze, Verordnungen, Rechtsbelehrungen und Staatsverträge, als Ergänzung des Landrechts und der Civilprozeßordnung. Mannheim bei Bensheimer 1858.

Wie der Titel des Buchs besagt, wird hier den badischen Juristen ein recht willkommenes Hülfs- und Sammelwerk geboten, denn ist es für den gewiegten Praktiker lästig und zeitraubend, das hier zusammengestellte reiche Material bei seinen Arbeiten jeweils in den Quellen aufzusuchen, so ist dies für den angehenden Praktiker fast ein Ding der Unmöglichkeit. Ueberdies sind, wie die Vorrede des Werks sehr richtig bemerket, manche besonders wichtige Gesetze und Verordnungen in Einzelausgaben erschienen, welche im Buchhandel gar nicht mehr zu haben sind.

Unter den XVII Rubriken: I. Kirchenwesen, II. Körperschaften und Stiftungen, III. Standes- und Grundherren, IV. Lehenwesen, V. Staatsangehörigkeit, VI. Eheweſen, VII. Bürgerliche Standesbücher, VIII. Vormundschaft und Alimentation, IX. Rechtspolizei und Erbschaften, X. Lager- und Grundbücher, XI. Pfandwesen, XII. Zwangsabtretungen und Reallastenablösung, XIII. Jagd, Fischerei und Viehzucht, XIV. Verkehr und Handel, XV. Gerichtsorganisation, XVI. Prozeßverfahren, XVII. Jurisdictionsverträge, findet man mit wenig Ausnahmen alles Erhebliche vollständig abgedruckt, und in den Noten sind viele nützliche Nachweisungen gegeben. Wenn Einzelnes fehlt, so rechtfertigt dies die Vorrede damit, daß es theils von geringerer civilrechtlicher Bedeutung ist, und theils die neuen Einzelausgaben davon doch in Jedermanns Hand sind. Eine gute Inhaltsübersicht, sowie ein sorgfältiges alphabetisches Register erleichtern den Gebrauch des Buchs.

Wir dürfen daher wohl sagen, daß sich der Herr Verfasser durch sein mit Umsicht und Gewandtheit vollführtes Werk ein wirkliches Verdienst um die Praxis erworben hat. Die äußere Ausstattung des Buchs ist recht gefällig, und der Preis sehr mäßig gestellt.

Dr. Buchelt.

Anzeige.

Mit No. 52 endigt der **XXIV.** Jahrgang, dessen rechtzeitiger Abschluß durch vorübergehende Hemmnisse bis daher verzögert worden ist.

Es soll nun ohne Aufenthalt der **XXV.** Jahrgang in Angriff genommen und auf das rasche Erscheinen des Blattes möglichst hingewirkt werden.

Man bittet deßhalb, die Bestellungen gefälligst zu beschleunigen, damit in der Zusendung kein Verzug entsteht. Der Preis für das Semester beträgt wie bisher 2 fl. 30 kr.

Mannheim, im Februar 1858.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1857. **Jahrgang XXIV.** **No. 52.**

I.

Wenn ein Raub mittelst einer versuchten oder vollendeten Tödtung bewerkstelligt wird, so ist und bleibt das Verbrechen das des Raubs. Es wird durch die Tödtung nicht eine Concurrenz des Verbrechens des Raubs, und des des versuchten oder vollendeten Mordes hervorgerufen.

Die Strafe dafür wird daher nicht nach den Bestimmungen über das Zusammentreffen der Verbrechen (§. 170 und folgd. des St.G.B.), noch nach denen über die Uebertretung mehrerer Strafgesetze, oder über die Verletzung mehrerer Personen durch eine und dieselbe Handlung (§. 182), sondern lediglich nach den Bestimmungen der §§. 412. 413. 112. 114 des St.G.B. bemessen.

In den Jahren 1856 und 1857 kam das Verbrechen des Raubes je in einem Fall, dessen thatsächliche Verhältnisse den Unterstellungen des §. 412. I. St.G.B. vollständig entsprochen haben würden, wenn der Tod des Mißhandelten der Absicht des Thäters gemäß eingetreten wäre, vor dem Schwurgerichte des Mittelrheinkreises zur Verhandlung. Die erlassenen Urtheile geben Anregung zur Besprechung der Frage, ob, wenn das Verbrechen des Raubes durch das Mittel der vorbedachten Tödtung (des Mordes) bewerkstelligt wird, nach **badischem** Strafrechte nur ein Verbrechen, das des Raubes, oder zwei, die des Mordes und des Raubes, in idealer Concurrenz zur Bestrafung vorliegen.

I. Fall.

In Anklagesachen gegen Max Zöller und Jakob Ritz.

Diese Beiden hatten sich in dem Arbeitshause zu Bruchsal kennen lernen. Dortselbst trafen sie die Verabredung *), daß, wenn Beide aus der Strafanstalt entlassen sein würden, der Particulier Georg Wohnlich von ihnen gemeinschaftlich beraubt, und um dieses bewerkstelligen zu können, in seinem Zimmer ermordet werden solle.

Der Plan war sehr genau entworfen. Zöller wurde zuerst entlassen. Er stellte sich an dem Tage, an welchem auch Ritz aus der Strafanstalt entlassen zu werden glaubte, wohlbewaffnet an dem verabredeten Orte ein. Als Ritz, der, anstatt von seiner Haft befreit zu werden, in die polizeiliche Verwahrungsanstalt gebracht wurde, nicht erschien, begab sich Zöller mit dem vorbedachten Entschlusse den Wohnlich zu ermorden, und dann zu berauben, in dessen Wohnung. Er warf ihn zu Boden, brachte ihm einige Verletzungen bei, welche eine vierwöchentliche Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatten, ergriff jedoch, als er die auf den Hilferuf Wohnlichs herbeieilenden Dienstboten hörte, die Flucht, auf welcher er bald eingeholt wurde.

Alle diese Thatsachen, insoweit sie zur Aburtheilung erheblich schienen, haben die Geschworenen als bewiesen angenommen. Darauf erging folgendes Urtheil:

„Es seien die beiden Angeklagten M. Zöller und „J. Ritz der verbrecherischen Verbindung zum Zweck des „Raubes an Georg Wohnlich dahier mittelst Ermordung „desselben;

„und der Angeklagte M. Zöller ferner des nicht be„endigten Versuchs der Ausführung dieses Verbrechens „— — — für schuldig zu erklären. — —"

*) Dies liefert eben keinen Beweis für die Güte des Systems der gemeinschaftlichen Haft, wenn trotz der sehr guten Aufsicht es möglich ist, daß solche verbrecherische Pläne in der Strafanstalt, welche früher den anspruchsvollen Namen Correktionshaus trug, geschmiedet werden können.

D. E.

Digitized by Google

Die Entscheidungsgründe, insoweit sie unsere Frage berühren, lauten wörtlich:

„— — In Erwägung, daß nach dem Wahrspruche des Geschworenen den beiden Angeklagten eine verbrecherische Verbindung zur Verübung eines Raubes an Georg Wohnlich, mittelst Ermordung dieses zur Last liegt, und daß Max Zöller den Anfang zur Ausführung dieses Verbrechens gemacht hat.

In Erwägung, daß letzteres Verbrechen nach St.G.B. §. 412 Ziff. 1. im Falle der Vollendung mit Todesstrafe bedroht, beim nicht beendigten Versuche aber, wie der vorliegende, nach §. 106. 112 St.G.B. zu ahnden ist.

In Erwägung, daß J. Ritz zur Ausführung des verabredeten Verbrechens nicht mitgewirkt hat, weßhalb auf ihn die §§. 125. 127. 128 Anwendung finden.

Aus diesen Gründen ist, wie geschehen, erkannt worden."

II. Fall.

In der Anklagesache gegen Johann Reus von Königsbach

waren folgende Thatsachen durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellt worden:

Der Angeklagte hatte einen Fuhrmann G. Oelschläger zu einer Fahrt gedungen, um sich des Wagens und der Pferde zu bemächtigen. Nach vorher überdachtem Plane schoß er von dem Innern des Wagens aus auf den Kutscher Gottlieb Oelschläger, um diesen zu tödten. Er traf ihn am Hinterkopf, so daß derselbe, jedoch nur verwundet, nicht getödtet, vom Bocke fiel. Als sich Oelschläger vom Boden wieder erhob, feuerte Reus einen zweiten Schuß auf ihn ab, und eilte mit dem Wagen und den Pferden davon. Oelschlägers Verletzungen waren keineswegs bedeutend. Sie hatten nur eine Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen zur Folge.

In diesem Straffalle lautete das **Urtheil** dahin:

„Der Angeklagte sei des unter Anwendung von Waffen verübten Raubes zum Nachtheile des G. Oelschlägers verbunden mit einem an demselben unternommenen beendigten Versuche des Mords für schuldig zu erklären, und deßhalb" u. s. w.

Die **Entscheidungsgründe**, insoweit sie hierher gehören, lauten folgendermaßen:

„In Erwägung, daß die nach dem Wahrspruche der Geschworenen von dem Angeklagten verübte Handlung nach §. 410. 205. 107 des Str.G.B. den Thatbestand des Raubes, in Verbindung mit einem beendigten Versuche des Mords enthält, und daß nach Maßgabe des § 182 des Str.G.B. die auf die schwerste Uebertretung gesetzte Strafe eintritt, als welche hier die des Mordversuches erscheint, insofern derselbe gemäß §. 114. 205 wenigstens mit zehn Jahren Zuchthaus zu bestrafen ist,

(vrgl. §. 412 V. 414 Ziff. 1. 415);

In Berücksichtigung der übrigen Umstände dieses Falles und der gemäß §. 149—152 des Str.G.B. hieraus zu schöpfenden Gründe der Strafausmessung, namentlich auch mit Rücksicht auf die Anwendung einer Schießwaffe (vrgl. §. 414. 415). Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen erkannt. —

In der ersten Sache hatte die Staatsbehörde in ihrem Antrage an die Anklagekammer ausgeführt, daß eine verbrecherische Verbindung zwischen Zöller und Ritz angenommen werden dürfe, wornach beiden, wenn auch in geringerem Maße, dem Ritz die Strafe des nicht beendigten Versuches eines Mordes drohe; und die Anklagekammer hatte in ihrem Verweisungserkenntnisse ausgesprochen, daß (nachdem die Anschuldigungsthatsachen entwickelt waren) die Angeklagten „auf den Grund des St.G.B. §. — — 106. 112. 113. — — 182. 203. 204. 205. 412 V. 413. 414 — — wegen in verbrecherischer Verbindung verübten, nicht beendigten Versuchs eines Mords und wegen Raubs an Georg Wohnlich — — vor das Schwurgericht zu verweisen seien."

In der Anklagesache gegen Reus hatte ein anderer (der unterzeichnete) Vertreter der Staatsbehörde seinen Antrag an die Anklagekammer dahin formulirt, daß Reus wegen der Anschuldigung (die in Frage stehenden Handlungen vollzogen und damit) einen unter den Bestimmungen des § 414 Str.G.B. verübten Raub begangen zu haben — vor das Schwurgericht verwiesen werde. Hiebei wurde auszuführen versucht, daß nur das Verbrechen des Raubs, und nicht auch neben demselben das des Mordversuchs nach den Bestimmungen unseres Strafgesetzbuchs vorhanden sei. Die Anklagekammer dagegen hatte ausgesprochen, daß Reus „wegen eines mit einer Waffe verübten Raubes und beendigten Versuchs des Mords" vor das Schwurgericht zu verweisen sei.

Das Erkenntniß der Anklagekammer und das Urtheil des Schwurgerichtshofes stimmen daher in diesem Falle

Digitized by Google

miteinander überein, nicht ebenso in der Anklagesache gegen Zöller und Ritz.

Worin liegt aber die Verschiedenheit der Auffassung des Staatsanwalts in der Anklagesache gegen Neus und des Schwurgerichtshofes in der Anklagesache gegen Zöller gegenüber der Auffassung des Schwurgerichtshofes in der Anklagesache gegen Neus, und der Anklagekammer in beiden Anklagesachen?

Die Anklagekammer und der Schwurgerichtshof in der Anklagesache gegen Neus hatten sowohl durch den Wortlaut ihrer Erkenntnisse, als durch die Anführung der Gesetzesstellen §. 182 in Verbindung mit den §§. 205 und 412 V. Str.G.B. ausgesprochen, daß hier zwei Verbrechen in idealer Concurrenz (§. 182 „durch eine und dieselbe Handlung") begangen worden seien, Mordversuch und Raub (beziehungsweise versuchter Raub), während der Schwurgerichtshof in der Anklagesache gegen Zöller, und der Staatsanwalt in der Anklagesache gegen Neus von der Ansicht ausgingen, daß nur ein Verbrechen, das des Raubes (Raubversuchs), welches durch das gewaltthätige Mittel des Mordes bewerkstelligt werden sollte (§. 412 I. Str.G.B.), vorliege. Diese letzte Ansicht scheint mir allein der Auffassung des Thatbestandes des Raubes nach badischem Strafrechte zu entsprechen.

Die Frage, welche dieser Auffassungen die richtige sei, ist wichtig. Sie wiederholt sich in gleicher Weise bei dem Verbrechen der Nothzucht*), wo ebenfalls Gewaltanwendung gegen Leib oder Leben der bedrohten Person das Mittel zum Zweck ist. Der §. 335 enthält sogar beinahe wörtlich unter I.—V. dieselben Bestimmungen, wie §. 412 unter I. II. IV. V. über die verschiedenen Abstufungen der als Mittel zur Erreichung des selbstsüchtigen Zweckes angewendeten Vergewaltigung. Die Frage kann meines Erachtens nur dadurch, wird aber auch dadurch eine befriedigende Lösung finden, wenn man den Thatbestand des Raubes nach badischem Rechte fest im Auge behält.

Die Verschiedenheit der Auffassung des Verbrechens des Raubes im gemeinen Rechte lag hauptsächlich darin, daß ein Theil der Lehrer mehr den Angriff auf die Person, der andere Theil mehr die Verletzung des Eigenthums als characterverleihendes Moment bei der Bestimmung des Thatbestandes in den Vordergrund gestellt hat; eine Verschiedenheit, welche auch von der Theorie der Wissenschaft in die neueren deutschen Strafgesetzgebungen übergetreten ist *) Der badische Gesetzgeber hat den Raub als ein Verbrechen gegen das Eigenthum behandelt. **) Dieß zeigt deutlich nicht nur seine Stellung in dem Gesetzbuche, sondern auch die Schilderung seines Thatbestandes in §. 410:

„Wer den Diebstahl einer Sache dadurch bewerkstelligt, daß er den Inhaber derselben — — — durch angewendete thätliche Gewalt," (oder durch Drohungen, oder andere derselben gleichgestellte Handlungen), „zur Ueberlassung der Sache nöthigt, wird als Räuber bestraft."

Der Diebstahl steht daher im Vordergrunde; er ist Zweck. Die thätliche Gewalt (oder die psyschische Gewalt der Drohungen) bildet aber ebenfalls einen Theil des Thatbestandes; und obschon er nur das Mittel ist, doch einen so hervorragenden Bestandtheil des Thatbestandes, daß in einem Falle, sogar wenn der Diebstahl noch nicht bewerkstelligt, die körperliche Mißhandlung aber zugefügt worden ist, die Strafe des vollendeten Raubes erkannt werden darf. §. 413.

Die thätliche Gewalt gegen eine Person ist, wenn man sie von dem Zwecke des Diebstahls, wozu sie angewendet wird, entkleidet, ein Verbrechen für sich, das je nach dem Grade des Erfolgs, zu dem sie vorschreitet,

*) Nicht so bei der Brandstiftung. Kommt bei einer angelegten Feuersbrunst Jemand um das Leben, so ist zu unterscheiden, ob dessen Tod beabsichtigt war. Dann ist die Brandlegung das Mittel des Mords, das Mittel, wodurch das Verbrechen des Mords verübt werden soll. War aber eine Tödtung nicht beabsichtigt, so kann es sich nur fragen, ob der wider seinen Willen eingetretene Tod dem Thäter zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann. Während also bei den Verbrechen des Raubs und der Nothzucht der bis zur Tödtung vorschreitende Gewaltsangriff auf die Person nur das Mittel zu einem andern Zweck ist, ist bei der Brandstiftung der eingetretene Tod eines Menschen entweder Zweck des Verbrechens, oder wider den Willen des Thäters eingetretene Folge desselben. Das gemeine Recht spricht zwar ebenso, wie von Raubmördern auch von Mordbrennern. Steafedikt §. 66. Allein wenn gleich die Terminologie dieselbe ist, so liegt der Unterschied doch tief in der Sache selbst.

D. E.

*) Eine Zusammenstellung der Bestimmungen der deutschen Gesetzbücher über den Raub findet sich in Häbertin §. 147. Feuerbach, Ausgabe von Mittermaier §. 359 Note 2.

D. E.

**) Die Stellung des Titels XXVIII., von dem Raube, ist mitten unter den Verbrechen gegen das Eigenthum: Titel 26 von dem Diebstahle, 27 von der Unterschlagung, 28 von dem Raube, 29 von der Erpressung, 30 von der Fälschung, 31 von dem Betruge.

D. E.

Digitized by Google

und nach dem Vorsatze, aus dem sie entspringt, mit besonderen verschiedenen Strafen, bedroht ist. Ebenso für sich allein betrachtet der Diebstahl nach seinen verschiedenen Gestaltungen. Es concurriren daher — jedenfalls nach badischem Rechte — bei jedem Raube zwei verschiedene, an sich, auch ohne daß sie zusammentreffen, schon strafbare Verbrechen. Nur dadurch aber, daß sie concurriren, daß das strafbare Verbrechen der thätlichen Gewalt dem strafbaren Verbrechen des Diebstahls als Mittel zum Zwecke dient, entsteht das Verbrechen des Raubes. Beide Vergehen, das der thätlichen Gewalt, und das des Diebstahls gehen daher in dem Verbrechen des Raubes auf, und hören auf Gewalt und Diebstahl zu sein. *)

Daraus folgt:

1) Weder der in dem Raube enthaltene Diebstahl, noch die darin begriffene thätliche Gewalt können selbstständiger Gegenstand einer Bestrafung sein. Denn im strafrechtlichen Sinne existirt eine Concurrenz von Verbrechen nicht mehr. Es ist jetzt weder eine ideale, noch eine reale Conkurrenz vorhanden. Eine reale nicht, weil, wenn der Diebstahl von der Gewalt als ihrem Mittel zum Zwecke losgelöst würde, kein Raub mehr, sondern nur noch ein der Gewaltthat nachgefolgter, nicht ein durch sie bezweckter, und ermöglichter Diebstahl, und eine thätliche Gewalt vorhanden wäre, welche ihrem eigenen, und nicht dem Zwecke der Aneignung gedient hätte: — eine ideale Concurrenz nicht, weil solche überhaupt nie vorhanden war. Die ideale Concurrenz unseres §. 182 des St.G.B. setzt voraus, daß durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze, oder dasselbe Strafgesetz gegen mehrere Personen übertreten wird. Dies ist aber bei dem Raube nicht der Fall Der Raub besteht nicht aus einer, sondern aus zwei Handlungen: aus der Handlung der thätlichen Gewalt, und aus der der Aneignung einer fremden beweglichen Sache. **)

*) Man vergleiche die verschiedenen Lehrer des gemeinen Rechtes in ihren Anstellungen über den Thatbestand des Raubes: Bauer II. Aufl. §. 261. Wächter II. Thl. §. 199. 10. Feuerbach XIV. Aufl. §. 353. Häberlin III. Thl. §. 147. S. 398. Henke III. Thl. §. 154 insbesondere S. 148. — —" Und zwar muß bei diesem Letzteren (dem Raube) die Gewalt als Mittel zum Zweck der Besitznahme angewendet, und gegen Personen gerichtet worden sein." D. E.

**) Feuerbach §. 353: „Der wirklichen Entwendung muß die Verletzung des Rechtes der Persönlichkeit vorhergehen." Tittmann III. S. 465. „Der Räuber hebt mit Gewalt gleich gegen die Person an, und unternimmt die Handlung der Entwendung nur dann erst, wenn er ihre Möglichkeit durch Gewalt erzwungen hat." D. E.

Es wäre daher, wenn nicht, wie gezeigt, die zwei Verbrechen durch ihre Verbindung zum Raube in Einem aufgegangen wären, eine reale Concurrenz vorhanden, welche die Anwendung des §. 182 ausschlöße, und die des §. 170, im geeigneten Falle die des §. 175 St.G.B. gebote.

Daraus folgt:

2) Daß, wenn der gewaltthätig bewerkstelligte Diebstahl als Raub bestraft wird, die in diesem Verbrechen enthaltene thätliche Gewalt nicht mehr besonders bestraft, und dadurch der Strafe des Raubes eine weitere Strafe hinzugefügt werden darf. Denn die erkannte Strafe ist ja nicht mehr die Strafe des Diebstahls, welche ungleich niedriger wäre, sondern sie ist die des Raubes: und in der Strafe des Raubes liegt zugleich die Strafe der thätlichen Gewalt. *) Ein Verbrechen darf aber nicht

*) Es scheint mir unrichtig zu sein, wenn man den Raubmord deßwegen des Charakters des Raubes entkleiden, und ihn als Unterart des Mordes betrachten will, weil die vorbedachte Tödtung als schwereres Verbrechen das des Diebstahls überwiegt, und für sich allein schon die schwerste Strafe abferdirt. Dieß thun Tittmann I. §. 160, Bauer, Henke II. S. 50, Grolmann, Feuerbach, Wächter spricht hierüber II. Bd. §. 170 S. 147, 51 und sagt besonders II. Bd. §. 199c: „Die meisten Neueren nehmen in den Begriff und Thatbestand des Raubes als wesentlich negativen Merkmal auf, daß die Gewalt nicht eine vorsätzliche Tödtung des Verletzten enthalten dürfe, denn sonst werde das Verbrechen Raubmord; so z. B. Tittlmann, Handbuch §. 479 –(1. A. §. 506), Feuerbach, §. 353, Martin, §. 162. 163. (Ich füge bei, Bauer II. Auflage §. 260.

Allein der hinzukommende Mord kann doch in der That den in der Handlung zugleich enthaltenen Raub nicht aufheben, und nicht machen, daß die mit dem Morde concurrirende Handlung nicht mehr Raub wäre. Vielmehr bleibt die Handlung Raub, gleichviel ob mit der Gewalt blos Verwundung oder Tödtung oder keines von beiden verbunden war, gerade wie mit Recht kein Kriminalist der Selbsthilfe, der Widersetzlichkeit das Requisit beifügt, es dürfe kein Mord damit verbunden sein." Ganz ebenso spricht sich Henke aus 3. Thl. §. 150, 151. Wenn nun Wächter fortfährt (dessen Deduction beinahe in denselben Worten Henke wiedergibt): „Es ist aber eine von der C. C. C. nicht ausdrücklich ausgezeichnete, und nicht besonders beachtete Concurrenz zweier Verbrechen, bei der es rein zufällig ist, daß der Sprachgebrauch einen Namen für sie hat, und bei deren Bestrafung blos die Frage entstehl, ob der Raub in Beziehung auf die Strafe wegen des schwereren concurrirenden Verbrechens des Mords gar nicht mehr in Berechnung gezogen wer-

Digitized by Google

als solches in seiner Totalität und zugleich noch als Theil des Ganzen mit mehreren Strafen, welche erst durch Zusammenrechnen eine Strafe werden, gebüßt werden.

Der Umstand, daß die thätliche Gewalt im einzelnen Falle durch die Gesährlichkeit des verbrecherischen Willens, durch die Brutalität der Ausführung und die Schwere des Erfolgs dem geringen Werthe des entwendeten Gutes gegenüber, eine weit vorwiegende Bedeutung erhält, darf, so sehr es auch den Anschein gewinnen möchte, uns doch nicht verleiten, dem verübten Verbrechen einen doppelten Charakter zu verleihen, um eine höhere Strafe im einzelnen Falle begründen zu können. Denn man darf nie aus den Augen verlieren, daß die thätliche Gewalt nicht zu eigenem, sondern nur zum Zwecke der Aneignung fremden Guts verübt wird, und daß die Strafbarkeit des Raubes durch zwei Momente zugleich bedingt wird, durch die Größe des Verbrechens der thätlichen Gewalt, und durch die des Diebstahls.

Es ist eine Sache der Strafpolitik, zu erwägen, welche Momente bei der Strafandrohung als präponderirend zu berücksichtigen sind, insbesondere zu ermessen, ob nicht die thätliche Gewalt, die Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens, mit welchem sie unternommen wird, und die Schwere ihres Erfolges, vorzugsweise als der bürgerlichen Gesellschaft Gefahr drohende Momente zu betrachten seien, nicht aber Sache des Richters im einzelnen Falle Gründe zu einer höheren Strafe aufzusuchen, weil die im Gesetze angedrohte, dem richterlichen und dem Volksbewußtsein zu widersprechen oder wenigstens nicht zu genügen scheint.*) Es däucht mir jedoch, daß der badische Gesetzgeber dem Momente der thätlichen Gewalt, je nach dem Grade der subjektiven und objektiven Gefährlichkeit in dem §. 412 und insbesondere noch in §. 413 Str.G.B. bei der Strafandrohung hinreichende Berücksichtigung geschenkt hat.

Nachdem ich nun dargethan zu haben glaube,

1) daß die zum Zwecke eines Diebstahls verübte thätliche Gewalt ein integrirender und nothwendiger Bestandtheil des Thatbestandes des Raubes ist;
2) daß, wenn für die Verübung eines Raubes eine Strafe ausgesprochen wird, diese zugleich als Buße der gesetzwidrig verübten Gewalt erscheint,

gehe ich zu den oben erwähnten beiden Straffällen über:

Nach dem Wahrspruche der Geschworenen muß als erwiesen angenommen werden, daß der Tödtungsversuch gegen Oelschläger und Wohnsich nur zu dem Zwecke unternommen worden ist, um sie zu bestehlen. Der an diesen Personen versuchte, beziehungsweise vollendete Diebstahl characterisirt sich daher als das Verbrechen des Raubs. §. 410 St.G.B. Es war daher auch nur für das Verbrechen des Raubes eine Strafe zu erkennen und auszumessen.

In der Anklagesache gegen Neus hat aber der Schwurgerichtshof den Angeklagten nicht nur des Raubes, sondern auch zugleich des damit in idealer Concurrenz verübten Verbrechens des Mordversuchs für schuldig erklärt.

Nach den gegebenen Anführungen kann dieses nicht richtig sein, und es hätte Neus nur des Raubes für schuldig erklärt und nur wegen dieses Verbrechens bestraft werden sollen. Wäre die Auffassung des Schwurgerichtshofes richtig, so mußte folgerichtig im Falle des §. 412. II. 1. erkannt werden, „N. N. sei schuldig des Raubes verbunden mit einer fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung," oder im Falle des §. 412. IV. 2. „— — verbunden mit einer Körperverletzung." Meines Wissens hat man in dieser Weise ein Urtheil wegen Raubs noch nicht gefällt. Der in Folge eines bestimmten oder unbestimmten Vorsatzes des Räubers bewirkte, oder in Folge einer Fahrlässigkeit desselben eingetretene Tod, oder eine zugefügte größere oder kleinere Körperverletzung des Beraubten geben dem Verbrechen keinen anderen Charakter, das bei all diesen verschiedenen beabsichtigten oder unbeabsichtigt eingetretenen Erfolgen immer und immer nur das in §. 410 geschilderte Verbrechen des Raubs bleibt; sie bedingen

---

den dürfe, was aber — — zu verneinen sein wird," so halte ich dies für inkonsequent, weil dadurch der Mord und der Raub als selbstständige Gegenstände besonderer Bestrafung erklärt werden.

D. E.

*) Wäre man z. B. — um diesen Satz auf die oben erzählten Straffälle anzuwenden — der Ansicht, daß weil nicht „die Mißhandlung den Tod des Mißhandelten zur Folge hatte," nicht ein Fall des Ziff. I., sondern des Ziff. V. des §. 412 Str.G.B. vorliege, so käme man allerdings zu dem erorbitanten Ergebnisse, daß ein Mord, welcher versucht worden ist, als Mittel zum Zweck eines bedeutenden Diebstahls (Raub) höchstens mit 8 Jahren Zuchthaus bestraft werden könnte, während der versuchte Mord, welcher nicht mit einem andern Verbrechen zusammentrifft, nach §. 205 und 114 mit 10 Jahren Zuchthaus als dem geringsten Strafmaaße bedroht ist. Gleichwohl müßte der Richter dem Gesetze folgen, wenn auch ein solcher Widerspruch in demselben vorhanden wäre, was, wie ich unten zeigen werde, nicht der Fall ist.

D. E.

Digitized by Google

nur eine andere Abstufung in der Bestrafung des Raubes.

Der Paragraph 412 St.G.B. enthält fünf verschiedene Abstufungen der Strafbarkeit des Raubes, je nach verschiedenen Graden der thätlichen Gewalt. Da wo diese Abstufungen nur nach dem äußeren Erfolge der Mißhandlung, und zwar ohne daß er beabsichtigt war (die Fälle der reinen oder der mit einem auf einen anderen Erfolg gerichteten Vorsatze gemischten Fahrlässigkeit §. 412 II. 1. IV. 1 und theilweise IV. 2) abgegrenzt sind, muß allerdings auch nur der Erfolg entscheiden, ob die einzelnen Fälle des Raubes unter diese oder jene Abstufung zu classificiren sind oder nicht. Diese Fälle entsprechen den Tödtungen oder Körperverletzungen der §§. 211. 212. 228 St.G.B. Weder hier noch dort kann von einem Versuche die Rede sein.

Die Abstufungen aber, in welchen das Gesetz nicht nur einen bestimmten Erfolg (Tod oder eine besondere Art der Körperverletzung), sondern diesen Erfolg als das Ergebniß der aus einem bestimmten Vorsatze entsprungenen Thätigkeit verlangt (412. I. II. 2 und theilweise IV. 2), führen Vorsatz und Erfolg gewissermaßen als Bestandtheile des Thatbestandes des — einen Theil des Verbrechens des Raubes bildenden — Unterverbrechens der thätlichen Gewalt auf. Wie zu dem Thatbestande eines jeden Verbrechens vor Allem der Vorsatz und ein Erfolg gehört *), um das Verbrechen als vollendet und damit die ganze angedrohte Strafe als verwirkt darzustellen, so auch hier bei den Abstufungen des Verbrechens des Raubes. War der Vorsatz vorhanden, um den Erfolg des Todes oder einer bestimmten Körperverletzung zu bewirken, die Thätigkeit des Handelnden hat aber nicht diesen, sondern wider des Thäters Willen einen geringeren Erfolg erwirkt, so tritt damit das Unterverbrechen der thätlichen Gewalt so wenig aus seiner Abstufung, als das Verbrechen des Mords in das Verbrechen der Körperverletzung übergeht, wenn die Thätigkeit des Mörders wider seinen Willen nicht den Tod, sondern nur eine Verwundung erzeugt hat. Dadurch daß das Unterverbrechen nicht den angestrebten Erfolg erreichte, wird, weil es bei dem Versuche des beabsichtigten Unterverbrechens blieb, die Strafbarkeit des Raubes in der besonderen Abstufung des §. 412 nach den Grundsätzen, welche von dem Versuche gelten (§§. 112. 114), gemindert. Wenn es nicht zu einem vollendeten Raube kam, wie in der Anklagesache gegen Zöller und Riß, so wird dies zwar die Strafe aus den allgemeinen Gründen des §. 150 etwas mindern, aber Angesichts der Bestimmung des §. 413 wird die Strafe immer innerhalb des Rahmens der einzelnen Abstufungen des §. 412 zu bemessen sein; — und im Falle es bei einem Versuche der angestrebten Gewaltsgattung blieb, wird die zu erkennende Strafe nach Anleitung der §§. 112. 114 zu mindern sein.

Bei dieser Art der Strafausmessung, welche mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen harmonirt, und meines Erachtens weder dem Geiste noch dem Wortlaute des §. 412 widerstreitet, geräth man nicht in Gefahr einen Mordversuch, unternommen zur Bewerkstelligung eines Raubes geringer bestrafen zu müssen, als einen einfachen (mit einem andern Verbrechen nicht verbundenen) Mordversuch. —

Man wird nun vielleicht noch die Frage aufwerfen, wie denn im Falle eines nicht vollzogenen Mordes, der zum Zwecke des Raubes versucht worden ist, das Verbrechen in dem Verweisungserkenntnisse und in dem Urtheile zu bezeichnen sei? Ich glaube, daß weder §. 80 noch §. 107 C.G. hier irgend erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das Verweisungserkenntniß, so wie das Urtheil müssen das Verbrechen bezeichnen. Dies ist das des Raubes.

Wenn nach §. 180 das Verweisungserkenntniß die die Gattung und Art des Verbrechens bestimmenden Umstände bezeichnen soll, so genügt hier offenbar die kurze den Gegenstand der Anschuldigung bildende Geschichtserzählung, wie sie in jedem Verweisungserkenntnisse vorkommt. Dem §. 107 Abs. 2 C.G. aber wird Genüge geschehen, wenn in dem Urtheile ausgesprochen wird: N. N. sei schuldig des Raubes, begangen an X., und zwar mittelst der versuchten Tödtung desselben.

Ottendorff.

*) Abgesehen von einzelnen Verbrechen, wo die in Folge des verbrecherischen Vorsatzes verübte Handlung den Erfolg vertritt, wie beim Meineid. D. E.

Digitized by Google

II.

Justizministerium.

No. 680. **Carlsruhe, den 28. Januar 1858.**

Die Dekretur der Anwaltsgebühren in Strafsachen betreffend. *)

1) Großh. Hofgericht des Oberrheinkreises wird auf Bericht vom 17. Oktober v. J. No. 3597 eröffnet:

Was zunächst die Frage betrifft, ob es Anwälten, welche die Vertretung einer Person in Straffachen freiwillig übernehmen, gestattet sei, in Anwendung des §. 1 der Verordnung vom 17. März 1851 über die Gebühren der Anwälte sich bei Uebernahme des Geschäfts von Clienten die Zusage machen zu lassen, daß dieser sie nach den Bestimmungen der Taxordnung von 1803 belohnen wolle, so muß diese Frage — wie sich auch das Oberhofgericht ausgesprochen — bejaht werden.

Nach den Grundsätzen des Civilrechts steht es den Vertragspersonen frei, die Bestimmung des Preises einer Sache oder Arbeit durch Verweisung auf zur Preisbestimmung dienliche Mittel — und zwar selbst das Ermessen eines Dritten — L.R.S. 1129 und 1592 festzusetzen, und wer sich in dieser Weise zu einer Zahlung verbindlich macht, ist gültig verpflichtet, obgleich er bei Eingehung des Vertrags nicht genau weiß und wissen kann, wie hoch hiernach der Preis festgesetzt werden wird. Es können also auch Anwälte mit ihren Clienten in dieser Weise contrahiren, denn ihre Vertragsform ist nirgends beschränkt. Hiernach kann es ihnen auch nicht verboten sein, durch Hinweisung auf die frühere Taxordnung eine Basis für die Gebühren zu bestimmen, da diese den Parteien jedenfalls die Möglichkeit gewährt, das Maas ihrer Verpflichtung zu schätzen. Wenn auch die Taxordnung für Strafsachen nicht mehr in Gesetzeskraft ist, so existirt sie doch noch im Reiche der Thatsachen, und die Berufung auf dieselbe wird die Parteien zu dem Vertrauen berechtigen, daß sie auf diese Art nicht unbillig behandelt werden können. Daß der Client die frühere Taxordnung nicht kennt oder nicht weiß, wie groß die Vertheidigung und folgeweise das Honorar ausfallen werde, ist unerheblich, weil es in der Wahl des ersteren steht, entweder die Taxordnung kennen zu lernen oder eine nach ihr bemessene Uebereinkunft nicht einzugehen. Bezüglich der weitern Frage, ob Anwälte, welche dagegen durch Hinweisung auf die Taxordnung von 1803 ihre Gebühren in Straffachen regelten, von dem Gerichte eine Decretur derselben und zwar nach der Taxordnung von 1803 verlangen könnten, so muß man — in Uebereinstimmung mit dem oberrheinischen Hofgerichte und im Widerspruch mit dem obersten Gerichtshof — diese Frage verneinen; vielmehr kann nur, sofern der Client die von seinem Vertheidiger aufgestellten Ansprüche etwa zu überspannt finden sollte, das im §. 2 der Verordnung vom 17. März 1851 vorgeschriebene Verfahren Platz greifen.

Das Gesetz allein, selbst bei Fällen, wie z. B. §. 198 Pr.O., kann den Richter verpflichten, eine Handlung, hier die Decretur, vorzunehmen, was aber der Richter bezüglich der Anwaltsgebühren zu thun habe, erhellt klar aus den Bestimmungen der Verordnung vom 17. März 1851. Zu genehmigen, zu decretiren, hat er nur in dem Falle des §. 3 und 6 derselben, in den Fällen des §. 1 hat er nicht zu decretiren, sondern geeigneten Falles herabzusetzen oder gar nichts zu thun.

Der Umstand, daß der Richter früher verpflichtet war, auch in solchen Fällen zu decretiren, kann so wenig wirken, als ein aufgehobenes Gesetz. Selbst wenn die Uebereinkunft ohne richterliche Dazwischenkunft nicht zu realisiren wäre, wäre das Gericht, vor welchem die betreffende Straffache zur Verhandlung gekommen, so wenig zu einer Action verpflichtet, als etwa im Falle des L.R.S. 1592 ein Dritter zu einer Thätigkeit verpflichtet wäre.

Die von großh. Oberhofgerichte ausgesprochene Analogie der Bestellung des Gerichts zum Schiedsrichter ist nach der Natur des Gegenstandes und sofern, wie hier, ein Hofgericht hiemit zur Gebührendecretur genöthigt werden wollte, schon deßhalb nicht zutreffend, weil das Hofgericht nach Pr.O. §. 198 die Annahme des Schiedsrichteramts verweigern kann.

Uebrigens wird großh. Hofgerichte noch bemerkt:

Das Verfahren der Anwälte, welche ihre Gebühren durch Hinweisung auf die Taxordnung von 1803 festsetzen, Kostenverzeichnisse mit der Bitte um Decretur nach Maßgabe letzterer vorzulegen, beruht wahrscheinlich auf der — wie oben ausgeführt — irrigen Meinung, daß sie, wenn sie einmal Belohnung nach der alten Taxordnung verabreden, auch gehalten seien, Alles andere, was bei jener Taxordnung galt, zu beobachten.

Großh. Hofgericht wird daher solche Bitten durch

*) Vergl. Annalen XXIV. 288. D. R.

Digitized by Google

Belehrung der Anwälte über das Irrige dieser Meinung künftig abschneiden können.

2) Nachricht großh. Oberhofgericht bezüglich dortigen Berichts vom 6. Dezember v. J. No. 3396.

(gez.) v. Stengel.

III.

Der Gläubiger ist schuldig, seinem Schuldner über die von demselben geleisteten Zahlungen Quittung auszustellen.

In Sachen Wipfler gegen Siebert hat das Amtsgericht G. die Klage des Schuldners gegen den Gläubiger auf Ausstellung einer Quittung über die geleisteten Zahlungen als in Rechten nicht stattfindend abgewiesen, weil kein Gesetz den Gläubiger zur Zurückgabe der Schuldurkunde oder Ausstellung einer Quittung bei erfolgter Zahlung verpflichte.

Das mittelrheinische Hofgericht hat jedoch auf ergriffene Appellation in den Entscheidungsgründen zu dem erlassenen Beweiserkenntnisse sich dahin ausgesprochen:

„Der kläger'sche Anspruch auf Ausstellung einer Quittung über die geleistete Zahlung findet seine rechtliche Begründung nicht allein in einer allgemein bestehenden Rechtsgewohnheit, sondern auch in den Bestimmungen des Gesetzes.

Bei allen der Cultur zugänglich gewordenen Völkern besteht die Ansicht von einer dem Gläubiger obliegenden Verbindlichkeit, über die ihm geleisteten Zahlungen Quittung zu ertheilen, eine Ansicht, die, wie aus den eigenen Zugeständnissen des Beklagten hervorgeht, vollständig in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist. Aber auch positive Gesetze, und insbesondere die Gesetze unseres Landes, bestätigen diese Rechtsgewohnheit, wenn gleich nicht mit ausdrücklichen Worten, indem im L.R.S. 1135 gesagt ist, daß Verträge nicht nur zu dem Ausgedrückten, sondern auch zu Allem verbinden, was aus solchen nach Billigkeit, Herkommen oder Gesetzen folgt. Schlecht würde es überdieß um den öffentlichen Credit stehen, wenn jenem allgemeinen Rechtsbewußtsein zuwider der Gläubiger von der Verpflichtung, dem Schuldner über die getilgte Verbindlichkeit einen urkundlichen Beleg zu ertheilen, durch Urtheil freigesprochen werden könnte." Dis.

Juristische Neuigkeiten.

Bei **Ferdinand Enke** in **Erlangen** ist erschienen und durch alle Buchhandlungen des In- und Auslandes zu beziehen:

Beschorner, J. H., das deutsche Eisenbahnrecht, mit besonderer Berücksichtigung des Actien- und Expropriationsrechtes. 1858 gr. 8. 1 Thlr. 22 Sgr. oder 3 fl.

Brauer, E., die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt, mit kurzem Hinweise auf fremdes, insbesondere französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht. gr. 8. 1 Thlr. 15 Sgr. oder 2 fl. 36 kr.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von H. Th. Schletter 1857. III. Heft 1—3. 2 Thlr. oder 3 fl. 36 kr.

Anzeige.

Mit No. 52 endigt der **XXIV.** Jahrgang, dessen rechtzeitiger Abschluß durch vorübergehende Hemmnisse bis daher verzögert worden ist.

Es soll nun ohne Aufenthalt der **XXV.** Jahrgang in Angriff genommen und auf das rasche Erscheinen des Blattes möglichst hingewirkt werden.

Man bittet deßhalb, die Bestellungen gefälligst zu beschleunigen, damit in der Zusendung kein Verzug entsteht. Der Preis für das Semester beträgt wie bisher 2 fl. 30 kr.

Mannheim, im Februar 1858.

Buchhandlung von **J. Bensheimer.**

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google